

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. As fontes deste capítulo

Boa parte das normas deste capítulo, em especial no tocante à oferta e à publicidade, foi diretamente influenciada pelo *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a direção do prof. Jean Calais-Auloy.

O projeto francês, de fato, tem capítulo semelhante ao que agora comentamos. Trata-se do "*chapitre deux*", que rege os "*méthodes commerciales*", fenômenos estes que o legislador brasileiro preferiu denominar "práticas comerciais". Como se verá, não há perfeita simetria entre os dois sistemas, de vez que o nosso ampliou o conceito do *Projet*, incluindo matérias não tratadas na concepção original.

Adotando o Código uma noção mais ampla que a francesa de "*méthodes commerciales*", outras fontes inspiraram igualmente o seu Capítulo V: o *Fair Debt Collection Practices Act* e o *Fair Credit Reporting Act*.

2. O conceito de práticas comerciais

A sociedade de consumo é uma realidade inegável. Mas, muito mais que uma realidade puramente acadêmica ou abstrata, é um fenômeno que afeta a vida de todos os cidadãos. E, como tal, merece a atenção do Direito, não com o intuito de reprimi-la, mas apenas para colocá-la a serviço do interesse público. Sendo ela, a um só tempo, fruto de um processo de produção e de um processo de comercialização, impõe-se ao Direito a tarefa de cuidar de ambos. Se assim é, já podemos

¹ O autor gostaria de deixar seu sincero agradecimento ao saudoso Caio A. Domingues, mestre de todos os publicitários brasileiros, pela leitura atenta do texto da 1ª edição e pelos seus comentários valiosos.

afirmar, *ab initio*, que no Código de Defesa do Consumidor encontraremos regras traçadas para as *práticas produtivas* e outras elaboradas para as *práticas comerciais*. É destas últimas que trataremos a seguir.

As práticas comerciais estão no próprio âmago do Direito do Consumidor. Sua visibilidade, complexidade e mutabilidade - informadoras da sociedade de consumo - representam um desafio extraordinário para o legislador. Segundo J. M. Othon Sidou, o jurista pioneiro em defesa do consumidor no Brasil, o que deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, ao ponto de impor-se como tema de segurança do Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno desconhecido dos economistas do passado - a sociedade de consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, ampliação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente.²

Não se conceituam facilmente práticas comerciais. Em face da mutabilidade do mercado, em particular na era da sociedade de consumo, aquilo que hoje se manifesta como prática comercial, amanhã, no bojo da transformação das necessidades mercadológicas, pode simplesmente desaparecer ou perder a atualidade. É mais simples, pois, dizer o que elas não são, por um critério de exclusão.

Por esse prisma negativo, as práticas comerciais opõem-se às práticas de produção. De modo simplificado, ainda nessa linha, prática comercial é o resíduo da produção, ou seja, é a face pós-produção da sociedade de consumo. Os bens de consumo têm, realmente, duas fases bem distintas em sua vida: a produção e a comercialização. As práticas comerciais dizem respeito a esta última.

² J. M. Othon Sidou, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 5.

Os procedimentos comerciais apresentam-se, portanto, como um momento pós-produção. Isso porque existem em nossa economia dois processos básicos. Um é a produção - com a criação de produtos e serviços. Outro é a comercialização - o conjunto de atividades através das quais os produtos e serviços fluem do produtor para o consumidor final.³

O critério negativo, porém, diz o que as práticas comerciais não são. Mas, por bem ou por mal, temos de descobrir o que elas são. De maneira positiva, poderíamos, então, afirmar que práticas comerciais são todos os mecanismos, técnicas e métodos que servem, direta ou indiretamente, ao escoamento da produção. Trata-se, não há dúvida, de um conceito extremamente largo, que inclui, a um só tempo, o *marketing*, as garantias, os serviços pós-venda, os arquivos de consumo e as cobranças de dívidas.

Alguns desses componentes do conceito atuam diretamente no fomento do consumo. É o caso do *marketing*. Outros, ao revés, só indiretamente auxiliam no escoamento da produção. Citem-se, como exemplos, os arquivos de consumo e a cobrança de dívidas dos consumidores.

Observe-se que a matéria dos arquivos de consumo e da cobrança de dívidas, embora não se referindo imediatamente ao fenômeno comercial - como um elemento de *pré-venda* -, termina por ser considerada como prática comercial. É que, como já abordamos, o legislador pátrio adotou para as práticas comerciais um conceito mais amplo que o do projeto francês, envolvendo não apenas aqueles procedimentos dirigidos a cumprir a circulação dos bens até seu destinatário final (o consumidor), como, ainda, tudo o que, mesmo como momento *pós-venda*, tenha a ver com tal movimentação.

³ Eugênio Malanga, *Publicidade. Uma introdução*, São Paulo, Edima, 1987, p. 13.

Outros temas poderiam ter sido incluídos neste capítulo e não o foram, valendo citar, a título de exemplo, as garantias, em especial a contratual (art. 50), e os serviços pós-venda (art. 21). Razões puramente pragmáticas determinaram a dispersão desses dispositivos. Afinal, um mesmo Instituto nem sempre se filia a um único assunto. É o caso da garantia contratual: tanto tem conexão com as práticas comerciais (é uma técnica de incentivo à aquisição do bem de consumo), como também com a proteção contratual (é fruto do gerenciamento bilateral do negócio de consumo).

Em resumo, agora com os olhos postos no Direito do Consumidor e na busca da construção de uma teoria jurídica das práticas comerciais, poderíamos dizer que são estas *os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final.*

Conforme já aludimos, sob a égide de tal conceito inclui-se um sem-número de técnicas, todas dirigidas ao fomento do consumo de produtos e serviços colocados no mercado. Também abarcam-se, sob a mesma denominação, certas práticas que, embora não dizendo diretamente com a circulação de produtos ou serviços, influem decisivamente na velocidade e eficiência do processo de comercialização, facilitando sobremaneira o crédito, verdadeiro pilar da sociedade de consumo: são, entre outras, os arquivos de consumo e os mecanismos de cobrança de dívidas contraídas pelo consumidor.

3. A importância das práticas comerciais na sociedade de consumo

A sociedade de consumo é, antes de tudo, uma realidade coletiva, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações



econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa, comunicação em massa e consumo em massa. Inseridas nesse novo modelo econômico e social, as práticas comerciais - igualmente como fenômeno de massa - ganham enorme relevo. Afinal, sem *marketing*, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo.

Em tal contexto difuso ou coletivo, desaparece, ou perde importância, a sociedade pessoal, aquela em que o consumidor e o fornecedor são velhos conhecidos.

De fato, na sociedade pessoal, pré-industrial, todos se conheciam. Não é o que se dá no esquema da sociedade de consumo.

Na sociedade de massas isto é tecnicamente impossível, pelo menos em escala de grande consumo. É provável que o proprietário do bar da esquina conheça algumas pessoas. É possível que um gerente de banco num subúrbio conheça seus clientes mais importantes - e geralmente ambos trabalharão para isso. Há mesmo um esforço nesse sentido, um esforço para reviver o relacionamento geográfico. Mas, apesar de toda a boa vontade, os resultados são precários. O relacionamento já não é mais geográfico, é social. As relações se fazem em função não do local onde se vive, mas de interesses comuns, e não de proximidades geográficas. A produção em grande escala pressupõe o consumo em escala idêntica, e isso transforma o consumidor num ser anônimo, inidentificado. Curiosamente, ele continua a ser uma unidade. É ele quem vai ler, ouvir, ver, sentir, assimilar, decodificar a mensagem. Mas o transmissor dessa mensagem não o conhece. Não sabe se ele está triste ou alegre; se está amando ou odiando; satisfeito ou insatisfeito.²

É o traço do "anonimato".

Temos, pois, que as práticas comerciais servem (também se servem) e alimentam (também se alimentam) a (da) sociedade de

² Plínio Cabral, *Propaganda, técnica da comunicação industrial e comercial*, São Paulo, Atlas, 1986, p. 19.

consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocados à sua disposição. Esse é seu grande papel. E exatamente aí, paradoxalmente, reside o seu grande perigo para os consumidores em geral. Vale dizer: o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa “aproximação” entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo. A quebra do “anonimato” traz riscos para o consumidor.

4. Práticas comerciais e *marketing**

* Na crescente bibliografia nacional sobre o controle jurídico do *marketing*, cf., entre outros: Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997; Alberto do Amaral Júnior, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1993, p. 232-245, — “O princípio da vinculação da mensagem”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1995, vol. 14, p. 41-51; Alcides Tomasetti Jr., “O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para Consumo”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 52-90, — “Oferta contratual em mensagem publicitária - regime do Direito Comum e do Código de Proteção do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 241-253; Antônio Herman de V. e Benjamin, “A repressão penal aos desvios do *marketing*”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 91-125, — “O controle jurídico da publicidade”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1994, vol. 9, p. 25-57; Antônio Junqueira de Azevedo, “Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1996, vol. 18, p. 23-31; Caio A. Domingues, “Publicidade enganosa e abusiva”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 192-199; Carlos Alberto Bittar, “O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 126-131, — *Direito de Autor na obra publicitária*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981; Cláudia Lima Marques, “Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 1994, vol. 10, p. 7-20; Edney G. Narchi, “Da publicidade e sua disciplina no CDC”, in *Justitia*, 1992, vol. 160, p. 73-83; Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, LTr, 1991, p. 209-236; Evelena Boening, “Porque o CONAR”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 200-234; Fábio Ulhoa Coelho, *Os empresários e os direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 231-293, — *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, coord. de Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 149-165; Fernando Gherardini Santos, *Direito do marketing*,



Para os limites estreitos deste trabalho, a expressão “práticas comerciais” é o gênero do qual *marketing* é a espécie.

São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 138; João Batista de Almeida, *A proteção jurídica do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 80-92; José Alexandre Tavares Guerreiro et al., *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. de José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 111-132; José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 127-156 e 306-311; Judith Martins-Costa, “A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística”, in *Revista de Direito do Consumidor*, 1992, vol. 4, p. 140-172; Marco Antônio Marcondes Pereira, *Concorrência desleal por meio da publicidade*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001; Maria Elizabete Vilaça Lopes, “O consumidor e a publicidade”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 150-183; Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia Campos, “O direito estatutário do CONAR”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 38, p. 103-157; Mara Suely Oliveira e Silva Maran, *Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do MERCOSUL*, Curitiba, Juruá, 2003. Martha Rodrigues de Castro, “A oferta no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1994, vol. 11, p. 57-66; Melina Penteado Trentin, “A publicidade abusiva e o racismo”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1994, vol. 11, p. 84-100; Nelson Nery Júnior, “Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, vol. 3, set.-dez. de 1992, p. 66-70, — “O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 396-402; Parisina Lopes Zeigler e Marco Antônio Zanellato, “O Ministério Público e a exegese da expressão ‘deveria saber’ do art. 67 do CDC”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1995, vol. 14, p. 67-71; Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003; Rosana Grinberg, “O sentido do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 200-234; Sílvio Luis Ferreira da Rocha, “Erro na oferta no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revistados Tribunais, 1994, vol. 9, p. 58-62; Thereza Alvim et al. *Código do Consumidor comentado*, 2ª ed., São Paulo, Revistados Tribunais, 1995, p. 89-210; Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor*, Porto Alegre, Aide, 1991, p. 35-40; Vera M. Jacob de Fradera, “A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, 1992, vol. 4, p. 173-191; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 161 e 205. Zelmo Denari, “A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, número especial - 1992, vol. 4, *O controle da publicidade*, p. 132-139; Walter Ceneviva, *Publicidade e Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

Não devemos, pois, confundir *marketing* com práticas comerciais. Estas não se esgotam naquele. Com certeza, o *marketing* é, indubitavelmente, o aspecto mais relevante das práticas comerciais. E, ademais, o mais visível. Mas, já vimos, não é ele o único incentivador da circulação de bens no mercado.

Como decorrência de seu prestígio entre as diversas práticas comerciais, o Código deu grande atenção ao *marketing*. E é pela mesma razão que a maior parte destes comentários será desenvolvida em torno do conceito, função, elementos, riscos e regramento jurídico do *marketing*.

5. O conceito de *marketing*

Já dissemos que o *marketing* é uma das modalidades das práticas comerciais. Não é nosso intuito aqui conceituá-lo com precisão. Até porque, mesmo entre os profissionais dessa disciplina, tal tarefa tem se mostrado difícil, tantas são as acepções que o termo permite.

Com base na própria ciência do *marketing*, sem qualquer sofisticação ou distinção entre *micro* e *macromarketing*,³ podemos defini-lo, de maneira bem ampla, como “a interface entre a oferta e a demanda”,⁴ ou como “o processo administrativo pelo qual os produtos são lançados adequadamente no mercado e através do qual são efetuadas transferências de propriedade”.⁵ *Marketing* seria, ainda de acordo com sua própria disciplina, o processo intermediário por meio do qual ocorrem as trocas entre pessoas e grupos sociais; ou, de outra maneira, a atividade

³ Ver E. Jerome McCarthy, *Essentials of marketing*, Homewood, Richard D. Irwin, Inc., 1982, p.7.

⁴ Walter B. Wentz & Gerald I. Eyrich, *Marketing: theory and application*, New York, Harcourt, Brace and World, Inc., 1970, p. 2.

⁵ Edward W. Cundiff, Richard R. Still & Norman A. P. Govoni, *Marketing básico: fundamentos*, tradução de Márcio Cotrim, São Paulo, Atlas, s.d., p. 19.

humana que busca satisfazer as necessidades e desejos mediante processos de troca.⁶

O Direito, muito modernamente, tem buscado entender o fenômeno mercadológico. Na lição de Ulf Bernitz, o maior comercialista sueco, “entende-se por *marketing* todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos, serviços e outras coisas de valor”.⁷

Nessa imensa noção de *marketing*, tem grande proeminência a publicidade, embora outros esquemas promocionais - selos, ofertas combinadas, descontos, concursos, vendas por correspondência, vendas a prestação e o envio de produtos não solicitados - também sejam considerados parte de seu domínio.⁸

6. As diversas manifestações do *marketing*

O leigo, de uma maneira geral, tende a crer que o *marketing* esgota-se na publicidade. Ou seja, na cabeça do cidadão comum, *marketing* e publicidade são a mesma coisa. Nada mais equivocado.

O *marketing*, como visto, além da publicidade, compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas, valendo citar, em lista assistemática, as loterias, as ofertas combinadas (e o seu desvio, a venda casada), os cupons, os selos, as vendas por correspondência e em domicílio, os prêmios, as liquidações e promoções, o envio de mercadorias não solicitadas, os produtos ou serviços “grátis”, os descontos, os concursos, as marcas, as embalagens, a facilidade e preço do crédito.

⁶ Ben Enis, *Princípios de marketing*, tradução de Auriphebo Berrance Simões, São Paulo, Atlas, 1983, p. 31.

⁷ Ulf Bernitz & John Draper, *Consumer protection in Sweden: legislation, institutions and practice*, Stockholm, The Institute for Intellectual Property and Market Law at the Stockholm University, p. 123.

⁸ Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 124.

7. As duas faces principais do *marketing*: a publicidade e as promoções de vendas

O *marketing*, temos repetido, utiliza outros recursos além dos publicitários. Entre suas diversas faces, duas são principais para o Direito do Consumidor: a publicidade e as promoções de vendas. O tema da publicidade será mais bem desenvolvido em seguida. Cabe-nos, aqui, dar uma idéia, por rápida que seja, do que se possa entender por promoção de vendas.

Promoção de vendas, em uma fórmula residual, abrange todas as atividades de *marketing* que não sejam a venda pessoal e a publicidade, e que façam uso de técnicas tais como selos de troca, cupons de desconto, calendários, exposições e amostras, entre outras.⁹ Ou, de outra maneira,

são as atividades de venda que suplementam a venda pessoal e a publicidade, coordenando-as e ajudando-as a se tornarem mais eficientes. Entre essas atividades incluem-se exposições, demonstrações e outros esforços de vendas não periódicos, fora da rotina comum.¹⁰

No Código, ao lado de um regramento próprio para a publicidade, vamos encontrar, também, aqui e ali, normas que se dirigem às promoções de venda, nas suas diversas modalidades. São, fundamentalmente, os dispositivos que cuidam da oferta e das práticas abusivas.

Não devemos subestimar o papel da promoção de vendas no mercado de consumo, já que seu impacto é substancial, notadamente quando vista pelo prisma dos investimentos que utiliza. Nos Estados Unidos, por exemplo, os gastos com promoção de vendas, não faz muito

⁹ J. B. Pinho, *Comunicação em marketing*. Campinas, Papirus, 1988, p. 20.

¹⁰ Eugênio Malanga, *op. cit.*, p. 13.

tempo, eram da ordem de 76 bilhões de dólares, enquanto os com a publicidade representavam “somente” 44 bilhões de dólares.¹¹

8. O *marketing* no Código de Defesa do Consumidor

De todas essas técnicas de *marketing*, o Código cuidou, à abundância, só da publicidade. Mas, ao dar a esta uma acepção extremamente ampla, acabou por permitir que seu tratamento ultrapassasse fronteiras, atingindo os outros tipos de manifestações mercadológicas, como as promoções de vendas. Uma tal generalidade deve-se, certamente, ao fato de que as práticas comerciais são tão complexas e mutáveis que se torna “difícil estabelecer regras jurídicas detalhadas”¹² para elas; qualquer tentativa legislativa de controlá-las por inteiro caracterizar-se-ia como tarefa impossível. O Direito vale-se, então, de princípios gerais, deixando aos tribunais sua aplicação (e adaptação) à realidade multiforme do mercado.

De qualquer modo, podemos afirmar, sem medo de errar, que o Código de Defesa do Consumidor traçou um conjunto de regras mínimas que, se bem utilizado pelos implementadores, basta para proteger adequadamente o consumidor contra os desvios das práticas comerciais.

Em nenhum momento põe-se a discussão da necessidade de regramento legal para o *marketing*. Mesmo profissionais da área, sem qualquer influência jurídica, já afirmavam que

nem todas as organizações praticam a filosofia do conceito de *marketing* — a menos que a insatisfação do consumidor seja usada como um índice de sua adoção. Em altas vozes os consumidores queixam-se de produtos inseguros, malfeitos, que não atendem o que foi anunciado - e os consumidores sentem-se impotentes para que essas falhas sejam corrigidas. Isso se tornou um problema de tão

¹¹ Walter Longo, “A propaganda já não mora sozinha...”, in *Tudo que voei queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar*, São Paulo, Atlas, 1986, p. 353.

¹² Ludwig Kramer, *EEC Consumer law*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 148.

grandes proporções que o conhecido especialista em administração, Peter Drucker, classificou-o como 'a vergonha do *marketing*'.¹³

Não há, pois, qualquer dúvida: o *marketing*, em especial, e as práticas comerciais, em geral, exigem uma regulamentação legal. Tudo como reconhecimento de que o grande fenômeno comercial está sujeito às limitações econômicas, éticas e também jurídicas. São estas últimas que nos interessam de perto.

As limitações legais impostas ao *marketing*, embora passíveis de uma análise quanto à sua eficiência econômica, nem sempre se prestam a tal enfoque, uma vez que o Direito, ao lado da preocupação com a eficiência, tem outras apreensões, como, por exemplo, com a mitigação das desigualdades e o reequilíbrio do poder de barganha no mercado.

Entretanto, pelo menos como princípio norteador, o Direito, ao moldar a defesa do consumidor na área de *marketing*, tem buscado inspiração na lição de que "nenhum esforço de *marketing* jamais foi bem-sucedido a longo prazo baseando-se apenas na filosofia de que *o que é bom para a empresa é bom para o consumidor*".¹⁴

O Código de Defesa do Consumidor não é, evidentemente, uma lei voltada, com exclusividade, para o regramento do *marketing* em favor do consumidor. É inegável, entretanto, que, ao longo de seu texto, inúmeros dispositivos legais afetam, direta ou indiretamente, o funcionamento do *marketing*, especialmente como prática comercial. Mas o Código não rege apenas a *comercialização em massa*. Preocupa-se igualmente com a *produção em massa*, quando, por exemplo, traça normas para a responsabilidade civil objetiva nos acidentes de consumo

¹³ Ben Enis, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴ Aubrey Wilson, *The art and practice of marketing*, London, Hutchinson of London, 1971, p.9.

causados pelos diversos tipos de defeitos que apresentam os produtos e serviços (sejam defeitos de fabricação, de *design* ou de comercialização).

Um tal tipo de intervenção do Direito no mercado, imbuído do desejo de melhor tutelar o consumidor, como facilmente se percebe, não é mais novidade. Aliás, é consequência do próprio texto constitucional (art. 170, V). O que há de novo no Código é a pretensão de, pela via da defesa do consumidor, favorecer o desenvolvimento do mercado e, em consequência, da livre iniciativa. Esse objetivo ambicioso (proteger o *marketing* ao tutelar o consumidor) também não é revolucionário. Os Estados Unidos, pátria do *marketing*, há décadas assim procede. Igual assertiva vale para os países da Europa, e, agora, mais recentemente, para a própria Comunidade Econômica Européia, com as suas inúmeras Diretivas relacionadas com a defesa do consumidor.

9. Três momentos obrigacionais do *marketing* no CDC

O CDC enxerga o *marketing* sob três ângulos.¹⁵

Primeiramente, sob o aspecto pré-contratual, ao *marketing*, preenchidos certos requisitos, é conferido efeito vinculante.

Além disso, o *marketing* projeta-se na própria estrutura interior do contrato, sobrepondo-se a cláusulas que se proponham a negar, direta ou indiretamente, sua força vinculante.

Finalmente, o *marketing*, em momento pós-contratual ou metacontratual, acarreta o direito de indenizar, na hipótese de dano ao consumidor.

10. O desafio: compatibilizar *marketing* e defesa do consumidor

¹⁵ Ou, nas palavras de Fernando Gherardini Santos, o marketing teria “natureza tríplice” (Fernando Gherardini Santos, *Direito do marketing*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 138).

Marketing e defesa do consumidor não são valores incompatíveis. Ambos visam ao consumidor, ou melhor, à *satisfação* do consumidor. Ambos são reflexos e dependem do comportamento do consumidor. Não obstante tantas semelhanças, nem sempre tem sido fácil o relacionamento entre o Direito e o *marketing*, principalmente quando este se desvia substancialmente do *marketing concept*.¹⁶

O Direito pode servir, *diretamente*, ao *marketing*, como acontece com as normas que garantem as patentes, as marcas, os direitos autorais, que impedem a concorrência desleal e a concentração exagerada de poder no mercado. São leis que asseguram a honestidade e a transparência das relações entre os próprios profissionais de *marketing*. Operam, pois, na *linha horizontal* e de tutela *imediate* do fenômeno mercadológico.

Além disso, o Direito ainda pode servir ao *marketing* por uma *via indireta*: a tutela do consumidor. Trata-se, evidentemente, de auxílio *mediato* e *vertical*, de vez que não operado no nível horizontal dos agentes da produção e distribuição de produtos e serviços. Ao revés, ocupa-se de esforço vertical, de cima para baixo, dirigido ao ator vulnerável da relação de consumo (o consumidor), mas que, afinal, ao restaurar a sanidade do mercado, fortalece o papel do *marketing* na sociedade de consumo. Aqui, o *marketing* é protegido à medida que o Direito assegura a perfeição da relação de consumo, purificando, dessa forma, o mercado e, pela via transversa, também a atividade de *marketing*.

¹⁶ O *marketing concept*, noção fundamental para a teoria moderna do *marketing*, especialmente a partir dos anos de 1950, é mais uma filosofia do que propriamente uma receita científica para o sucesso no mercado. Os autores, de uma maneira geral, têm identificado dois elementos principais em tal doutrina: uma orientação pró-consumidor e uma estruturação organizacional que permita a integração de todas as atividades relacionadas com *marketing*, bem como lhes dando coordenação e identificação com o objetivo comum. Nesse sentido, ver Robert F. Hartley, *Marketing: management and social change*, Scrantor, Intext Educational Publishers, 1972, p. 32.

Tudo isso porque os objetivos finais do *marketing* e da defesa do consumidor são idênticos: garantir, ao máximo, a *satisfação* e a *informação* do consumidor, tomando por base os princípios da boa-fé objetiva, da transparência e da confiança.

O grande desafio, por certo, não é encontrar pontos em comum entre o Direito e o *marketing*. Difícil será fazer com que o Direito - de evolução lenta - adapte-se e acompanhe o *marketing* - fenômeno dinâmico por excelência. Quanto mais rígidas forem as leis de controle do *marketing*, maior será o risco de sua fossilização e, portanto, de ineficácia. Eis a principal razão para a generalidade das normas que, no Código, cuidam da matéria. Eis também a gênese, *ratio* e legitimidade da intervenção criativa da jurisprudência, a quem incumbe, nas manifestações imprevisíveis e camaleônicas do *marketing*, aplicar normas, princípios, vedações e obrigações de caráter geral e abstrato.

A função do Direito ao controlar o *marketing* é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre - como o quer a Constituição Federal - a livre iniciativa. É por esse prisma que se deve buscar a compatibilização entre a "defesa do consumidor" e a "liberdade de *marketing*". Seria tal objetivo um simples ideal? Acreditamos que não.

Marketing e defesa do consumidor funcionam no mercado e são, portanto, dele dependentes. Sem mercado e concorrência não há como se falar em *marketing* e proteção do consumidor. Logo, ao se proteger o mercado, ao se assegurar o seu funcionamento adequado, especialmente pelas normas de defesa do consumidor, em verdade, se está garantindo a própria sobrevivência do *marketing*.

Incompatibilidade há, sim, entre o Direito e a visão equivocada e superficial de *marketing* como um *jogo de espertos* (os anunciantes e publicitários) em prejuízo de incautos (os consumidores). E a esperteza,



mesmo no comércio primitivo, em época em que sequer se falava em *marketing*, já era reprimida sob o título de fraude. A visão que o Direito tem do *marketing* é a de um exercício profissional essencial à própria existência da sociedade de consumo. E mesmo no *marketing* - como o é na medicina, nas atividades farmacêuticas, jurídicas e tantas outras - a fraude, a exploração, os abusos e assemelhados mais sofisticados têm de ser expurgados.

O grande valor do profissional de *marketing* não se mede pela sua capacidade de vender o ruim pelo bom, mas sim na sua habilidade de vender o bom, mesmo que mais caro, eliminando, ao mesmo tempo, o ruim, mesmo que mais barato. Em outras palavras: vender e, ao mesmo tempo, purificar o mercado, eis sua vocação.

O Direito do Consumidor aproveita, então, essa visão purificadora e informativa do *marketing*, incentiva-a e, em certos casos, a torna obrigatória (art. 31, por exemplo). E, quando o *marketing* assim atua, cumpre, a um só tempo, os parâmetros legais do Direito do Consumidor e atinge seus objetivos maiores, econômicos e sociais.

11. As práticas comerciais, o *marketing* e a publicidade

Já vimos que as práticas comerciais são o gênero ao qual pertence o *marketing*, sendo a publicidade uma das atividades deste. Com tal sentido, diz-se que a

publicidade, tal como qualquer técnica de comunicação, está englobada num contexto mais vasto, o do *marketing*, de que é um dos elementos mais importantes. Não é exagerada a conhecida citação de que 'a publicidade é para o *marketing* o que a máquina é para o fabrico'.¹⁷

¹⁷ J. Martins Lampreia, *A publicidade moderna*, Lisboa, Editorial Presença, 1983, p. 67.

Por ser a publicidade o mais importante componente da atividade de *marketing*, é plenamente compreensível que tenha ela merecido maior atenção do Código.

Seção I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, [2] equiparam-se aos consumidores [1] todas as pessoas determináveis ou não, expostas [3] às práticas nele previstas.

COMENTÁRIOS

[1] O CÓDIGO E SEUS MÚLTIPLOS CONCEITOS DE CONSUMIDOR - Em face da complexidade das matérias de que cuida, o Código não se contentou com um único conceito de consumidor. Há um geral (art. 2º, *caput*) e três outros por equiparação (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29).¹⁸

Tal se dá porque alguns dos fenômenos de mercado regrados pelo Código poderiam, se tal fosse a opção do legislador, ser objeto de leis específicas, aliás, como é normal na Europa e Estados Unidos. Teríamos, então, uma lei de controle da publicidade, outra para a regulação das cláusulas contratuais abusivas, outra para a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, uma outra para os crimes de consumo, e assim sucessivamente.

[2] UM CONCEITO EXCLUSIVO DE CONSUMIDOR PARA AS PRÁTICAS COMERCIAIS - O conceito do art. 29 integrava, a princípio, o corpo do art. 2º. Como consequência do *lobby* empresarial que queria

¹⁸ Sobre o conceito jurídico de Consumidor, cf. Antônio Herman de V. e Benjamin, "O conceito jurídico de Consumidor", *RT* 628:69; Maria Antonieta Zanardo Donato, *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V.

Não houve qualquer prejuízo. Mantém-se, não obstante a fragmentação do conceito, a abrangência da redação primitiva. O consumidor é, então, não apenas aquele que “adquire ou utiliza produto ou serviço” (art. 2º), mas igualmente as pessoas “expostas às práticas” previstas no Código (art. 29). Vale dizer: pode ser visto *concretamente* (art. 2º), ou *abstratamente* (art. 29). No primeiro caso, impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a *simples exposição* à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.¹⁹

Como no art. 2º, as pessoas aqui referidas podem ser determináveis ou não. É indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código. A redação atual (“expostas às práticas”) facilita enormemente o ataque preventivo a tais comportamentos. Uma vez que se prove que, mais cedo ou mais tarde, os consumidores sofreriam a exposição, aí está materializada a necessidade da cautela.

[3] A SUFICIÊNCIA DA EXPOSIÇÃO - Como já referido, no conceito do art. 29, basta a mera *exposição* da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código.

¹⁹ STF – 3ª T. - REsp 476.428/SC - rel. min. Nancy Andrighi - j. 19.4.2005.

Tal conceito é importante, notadamente para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador - aí se incluindo o juiz e o Ministério Público - não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar.

Seção II

DA OFERTA

1. Oferta e *marketing*

A oferta, na sua significação tradicional, é “uma manifestação de vontade unilateral através da qual uma pessoa faz conhecer sua intenção de contratar e as condições essenciais do contrato”.²⁰ É o oferecimento “dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar”.²¹ Corresponde à proposta, e “quem a emite é denominado *proponente* ou *policitante*. A declaração que lhe segue, indo ao seu encontro, chama-se *aceitação*, designando-se *aceitante* ou *oblato* o declarante”.²²

Como melhor veremos adiante, a oferta clássica - imaginada para uma sociedade pré-industrial e pessoal - exige, para sua validade, uma série de requisitos. Em primeiro lugar, deve ela precisar a coisa vendida e o seu preço. Ademais, deve ser dirigida ao seu destinatário. Finalmente, há de ser firme. Ausentes esses requisitos, verdadeira oferta inexistente, caracterizando-se mero *convite a fazer oferta*.

²⁰ Jacques Ghestin & Bernard Desché, *Traité des contrats*: La vente. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 110.

²¹ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 67.

²² Orlando Gomes, *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 59, grifo no original.

Todavia, mesmo no Direito Civil tradicional, não se exigia que a oferta se apresentasse sob a forma de um projeto completo de contrato. Bastava que fixasse os elementos essenciais do negócio proposto, vale dizer, a coisa e o preço.²³

No regime do Código Civil de 1916, a oferta vinculava o peticitante, nos seguintes termos: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” (art. 1.080). A regra foi preservada, sem alterações, no art. 427 (“Da Formação dos Contratos”), do novo Código Civil.

A formulação clássica da oferta, refém do pensamento jurídico oitocentista - e, não obstante tal, mantida, no essencial, pelo novo Código Civil -, não se adaptava à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no *anonimato* dos sujeitos e, a partir daí, na utilização maciça do *marketing* como técnica de mitigação de seus efeitos. Note-se que, mesmo em período em que a sociedade de consumo já se encontrava consolidada, a jurisprudência recusava-se, de forma geral, a integrar a publicidade, como manifestação de *marketing*, no contrato, assimilando-a, em visível negação dos fatos do mercado e da vida, a simples exageros, toleráveis sob a denominação *dolus bonus*.²⁴

Hoje, diversamente, a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser “normal” que se dê à publicidade um “valor contratual”, mesmo que “o documento publicitário precise que nada mais tem que um valor indicativo e que não se constitui em um documento contratual”.²⁵ Tal reconhecimento equivale a um pleito de reforma do sistema clássico, estruturando-se um novo conceito de oferta, em melhor sintonia com o

²³ Jacques Ghestin & Bernard Desché, *op. cit.*, p. 110.

²⁴ Jacques Ghestin & Bernard Desché, *op. cit.*, p. 283.

²⁵ *Idem*, *ibidem*, ps. 283 e 284.

mercado de massa, com o Direito do Consumidor e com os princípios da boa-fé objetiva, da transparência e da confiança.

Não se deve interpretar o vocábulo *oferta* utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo, em que as ofertas deixam de ser individualizadas e cristalinas, mas nem por isso perdem sua eficácia e poder para influenciar o comportamento e a decisão final do consumidor.

Oferta, em tal acepção, é sinônimo de *marketing*, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que “suficientemente precisa”, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos.

Vê-se, então, que a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade. Claro que em relação a esta o Código traça normas específicas; por razões de mera técnica legislativa assim ocorre, já que, em essência, todos esses fenômenos nada mais são que expressão comum de um único tronco: o *marketing*. Mas não é o tratamento particular que lhe dá o código que tem o condão de retirar da mensagem publicitária sua natureza jurídica de modalidade de oferta. Tanto isso é verdade que o Código traz dispositivos de regramento da oferta em que a publicidade, não obstante seu regime específico, está incluída (art. “ 30, por exemplo).

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, [4] veiculada [3] por qualquer forma ou



meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos [7][8][9] ou apresentados, obriga [2][6][10] o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra [5] o contrato que vier a ser celebrado. [1][11]

COMENTÁRIOS

[1] A ORIGEM DO DISPOSITIVO - O art. 30 inspirou-se no *Projet* francês. Segundo este, "*toute information ou publicité suffisamment précise engage le professionnel qui la fournit ou qui l'utilise*" (art. 95).

[2] O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO - Os abusos do *marketing* ensejam uma série de providências penais (sanções penais) e administrativas (sanções administrativas). Mas o fenômeno há de ser tratado também no âmbito do Direito Privado, ou seja, na esfera contratual. "O contrato constitui, tradicionalmente, o setor do Direito onde é natural buscar-se os meios de contenção de tais abusos."²⁶

Era inevitável, então, a reforma da noção e importância que a teoria dos contratos tinha e dava ao *marketing*. Nas palavras impecáveis de Fábio Konder Comparato, em artigo já clássico,

a preocupação de defesa do consumidor conduziu, igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por

²⁶ M. J. Trebilcock *et al.*, "Mesures préconisées pour la révision du règlement relatif aux pratiques commerciales malhonnêtes au Canada", in *Études des pratiques commerciales trompeuses et déloyales en matière de concurrence*, Ottawa, Ministère de la Consommation et des Corporations, 1976, vol. I, p. 247.

consequente, merecer uma disciplina de ordem pública análoga às das estipulações contratuais.²⁷

Como melhor veremos ao estudar o regramento que o Código deu à publicidade, a vinculação é um dos princípios informadores do *marketing*, em qualquer de suas modalidades. É a resposta que o Direito dá ao relevantíssimo papel que este fenômeno assume na sociedade de consumo. O princípio encontra sua justificativa, pois, no potencial persuasivo das técnicas de *marketing*, não sendo raro, contudo, o resgate, em amparo da tese da sua força obrigatória, de noções antigas, como o adágio *protestatio contra factum non valet*.²⁸

Esse princípio, estampado no art. 30, apesar de inserido na seção da oferta, aplica-se igualmente à publicidade. Ou melhor, abrange todas as formas de manifestação do *marketing*.

O art. 30 dá caráter vinculante à *informação* e à *publicidade*; andou bem o legislador ao separar as duas modalidades de manifestação do fornecedor, considerando que aquela é mais ampla do que esta. Com razão está Rizzatto Nunes, ao indicar que “toda publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda informação é publicidade”.²⁹

Por *informação*, quis o CDC, no art. 30, incluir todo tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, sirva para induzir o consentimento (= decisão) do consumidor. Aí estão incluídas as informações prestadas por

²⁷ Fábio Konder Comparato, “A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, 1974, vol. 15/16, p. 97.

²⁸ Mario Bessone, *Nuovi saggi di Diritto Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1980, p. 239; Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, L. G. D. J., 1980, p. 234.

²⁹ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 551.



representantes do fornecedor³⁰ ou por ele próprio, bem como as que constam em bulas ou em alguns rótulos (não em todos, pois certos rótulos ou partes deles apresentam caráter publicitário).

A vinculação atua de duas maneiras. Primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar. Segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante. Nesse último aspecto, é impecável a lição de Thereza Alvim: se a proposta publicitária “obriga o proponente, o contrato que dela se originar deverá ser lavrado, seguindo *estritamente* os seus termos”.³¹

Daí que não impede a vinculação eventual informação do fornecedor, sempre a *latere* do anúncio, de que as alegações têm mero valor indicativo. Ainda assim, opera, integralmente, a força vinculante do alegado.³²

Dois pressupostos básicos devem estar presentes para que o princípio da vinculação atue: *veiculação* e *precisão da informação*.

[3] O PRESSUPOSTO DA VEICULAÇÃO - Em primeiro lugar, não operará a força obrigatória se não houver *veiculação da informação*. Uma proposta que, embora colocada no papel, deixe de chegar ao conhecimento do consumidor não vincula o fornecedor.

É a veiculação que enseja a “exposição” do consumidor, nos termos do art. 29 do CDC, abrindo a malha protetória da lei especial.

[4] O PRESSUPOSTO DA PRECISÃO DA INFORMAÇÃO - Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser

³⁰ Nos termos do CDC, informações prestadas por terceiros também vinculam o fornecedor, por força da solidariedade entre ele e seus prepostos ou representantes autônomos (art. 34).

³¹ Thereza Alvim *et al.* *Código do Consumidor comentada*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 190 (grifo nosso).

³² Jacques Ghestin, *op. cit.*, p. 234.

suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (*puffing*) não obriga o fornecedor. É o caso de expressões exageradas, que não permitem verificação objetiva, como “o melhor sabor”, “o mais bonito”, “o maravilhoso”. Contudo, até essas expressões, em alguns contextos, podem ganhar precisão, vinculando, então, o anunciante. Por exemplo, quando o fornecedor afirma ter “o melhor preço da capital” ou “a garantia mais completa do mercado”. A utilização do *puffing* em relação a preço impõe, em regra, a vinculação.

Assim, não é qualquer informação veiculada que vincula o fornecedor. Tem ela de conter uma qualidade essencial: a precisão. Só que não se trata de precisão absoluta, aquela que não deixa dúvidas. O Código contenta-se com uma *precisão suficiente*, vale dizer, com um *mínimo* de concisão.

É exatamente por lhe faltar essa precisão mínima que o exagero (*puffing*), geralmente, não tem força vinculante. Claro que a precisão mínima é sempre analisada em relação ao destinatário da oferta. Havendo potencial persuasivo, já não mais estamos diante de simples exagero.

O Direito evolui no sentido de eliminar, por inteiro, os exageros - sem fundamentação material ou científica - da comunicação mercadológica. São eles, inegavelmente, elementos perturbadores das relações de consumo e aumentam, sem qualquer benefício em contrapartida, os riscos e a insegurança do consumidor como destinatário do *marketing*.

A esse tema voltaremos, ao abordamos o art. 37 do CDC.

[5] A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR - A regra do Código é “prometeu, cumpriu”. Mas e se o fornecedor recusar o

cumprimento da sua oferta ou publicidade? Ou se, ainda com o mesmo resultado, não tiver condições de cumprir o que prometeu?³³

A resposta parcial está no art. 35: o consumidor pode escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo. Caso o contrato já tenha sido firmado, sem contemplar integralmente o conteúdo da oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor, ademais, exigir a sua rescisão, com restituição do já pago, mais perdas e danos.

Claro que as perdas e danos são devidas sempre e não somente no caso da rescisão contratual. Decorrem elas do sistema geral do art. 6º, VII.

[6] FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA - O controle da publicidade pelo Direito não é gratuito ou acadêmico, mas tem fundamentos econômicos, jurídicos e éticos.³⁴ Num plano mais elevado, já explicamos anteriormente, a publicidade é parte de um amplo universo de fenômenos de mercado que são regrados porque afetam sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresentam-se como manifestações que tendem à insubordinação contra os parâmetros da confiança, da transparência e da boa-fé objetiva, exigências da vida civilizada.

Mais especificamente, na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas - legítimas - que precisam ser

³³ STJ - 3ª T. - REsp 327.257/SP - rel. min. Nancy Andrighi - j. 22.6.2004.

³⁴ No tema do princípio da vinculação contratual da publicidade, cf. o excelente trabalho de Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais...*, cit.

protegidas.³⁵ Negar essas expectativas é fazer do princípio da confiança letra morta e, a partir daí, desacreditar o próprio mercado.

O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de *marketing*, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se lhe reconheça valor contratual.

A responsabilidade civil, ao interessar-se pela publicidade, segue uma tendência natural do Direito que, sensível às necessidades sociais e econômicas, vai continuamente reconhecendo a ressarcibilidade de novos danos, isto é, atribui qualidade de dano jurídico a fatos que o enfoque tradicional recusava-se a aceitar ou prestava pouca ou nenhuma atenção.³⁶

Para bem compreender-se a dimensão das alterações propostas e implementadas nesse campo, é sempre bom repetir que, na doutrina tradicional, os anúncios eram considerados aspectos alheios ao negócio³⁷ e, por isso mesmo, não vinculantes. Na nova concepção, a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo de Institutos capazes de pôr em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa.

³⁵Como muito bem alerta Atílio Aníbal Alterini: *"En el mercado clásico la oferta respondía a necesidades expresadas por la demanda. En el mercado moderno es posible crear una necesidad mediante la publicidad, y así provocar la demanda. La publicidad también modifica gustos o crea modas, y genera los que antes eran denominados deseos psicológicos o, dicho con más pudor, bienes de obsolescencia acelerada"* (Atílio Aníbal Alterini, "Control de la publicidad y comercialización", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, out.-dez. de 1994, p. 16).

³⁶Roberto M. López Cabana, *Nuevos daños jurídicos*, in Atílio Aníbal Alterini e Roberto Lopez Cabana, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 122.

³⁷Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo L. Lorenzetti, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 95.

Centrada na equiparação da publicidade à oferta, essa transformação substancial do modelo jurídico clássico era tida como herética até poucos anos atrás.³⁸ Na sua origem, como em todo o Direito do Consumidor, está a necessidade de, pela lei, reequilibrarem-se as relações no mercado, profunda e universalmente desestabilizadas no terreno publicitário (a vulnerabilidade do consumidor no seu máximo grau), conferindo sentido concreto aos princípios da boa-fé e da transparência.

O consumidor é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente. A publicidade é algo que o consumidor vê, ouve, sente; nada mais! Em verdade, tudo se passa, fundamentalmente, entre o anunciante - o maior beneficiário do anúncio e seu causador inicial -, a agência e o veículo. Às vezes, outros participantes periféricos do processo publicitário são acrescentados, como no caso dos anúncios testemunhais.

Ora, diante de tal situação, que em última análise caracteriza e reflete uma equação de poder (e de riscos), é mais que compreensível - é mesmo exigência de justiça social - que o anunciante (pelo menos ele)³⁹ seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixa de dizer. A publicidade é “necessária na economia de mercado”, mas ninguém nega que, infelizmente, “aparece muitas vezes como nociva ao público”.⁴⁰

³⁸ Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo L. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ Cuidamos aqui apenas do princípio da vinculação da mensagem publicitária. Em sede de outros princípios, a agência — e até o veículo - também são responsáveis.

⁴⁰ Gabriel A. Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 15.

Ademais, na medida em que a publicidade influencia - quando não determina⁴¹ - o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar consequências proporcionais à sua importância fática (econômica e cultural, mais que tudo). Ao certo, "a publicidade é o principal meio de informação pré-contratual, não tanto pelo ponto de vista da qualidade da informação, mas pelo número de pessoas a quem chega".⁴² Trazendo os anúncios, comumente, elementos de informação sobre qualidade, quantidade, preço e características do produto ou serviço (ou da empresa), claro está um certo e lógico conteúdo de "garantia" na atividade publicitária.⁴³

Esses os fundamentos econômico-jurídicos em função dos quais, no plano civil, a publicidade, lícita ou ilícita,⁴⁴ sempre traz (ou deve trazer) consequências. Se conforme com a lei, o anúncio cria direitos e obrigações orientados ao seu cumprimento (princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária). De outra parte, quando operando à margem do ordenamento, a publicidade obedece a vínculos não apenas dedicados a fazê-la cumprir, mas também direcionados a prevenir, reparar

⁴¹Dito de outra forma, "*las declaraciones informativas y publicitarias del empresário, se adueñan de una fuerte incidencia sobre la voluntad del consumidor*" (Ruben S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 138).

⁴² Aida Kemelmajer de Carlucci, "Publicidad y consumidores", in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, vol. 5, 1994, p. 137.

⁴³ Vincenzo Franceschelli, "Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo (in margine a un recente libro)", in *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX, 1983, parte seconda, p. 270. Garantia esta que não pode, nos regimes modernos de proteção do consumidor, como o CDC brasileiro, ser derogada pela vontade das partes, já que de ordem pública.

⁴⁴Noutro momento, dissemos que se pode "classificar a publicidade em duas grandes categorias: a *lícita* e a *ilícita*. Esta, por sua vez, pela ótica do Direito do Consumidor, pode ser *enganosa* ou *abusiva*. A enganosa ora é *comissiva*, ora é *omissiva*. Há outra modalidade de publicidade ilícita que não interessa, diretamente, ao Direito do Consumidor: a publicidade desleal (Antônio Herman de V. e Benjamin, *A repressão penal...*, cit., p. 101).

Ilícita é a publicidade que viola quaisquer dos princípios que a informam e regram num dado ordenamento (cf. Aida Kemelmajer de Carlucci, "La publicidad y los consumidores en el fin del siglo", in Congreso Internacional *La persona y el Derecho en el fin de siglo*, Libro de Ponencias, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaria Académica y Centro de Estudiantes de Derecho, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 477).

e reprimir as consequências nefastas do fenômeno, que, como alertamos, desorganizam profundamente o mercado.⁴⁵

Ao decidir o conflito potencial entre os que, de maneira massificada, oferecem (= os fornecedores) produtos e serviços e os seus simples destinatários (= os consumidores), o Direito moderno subverte o sistema tradicional, apegado à irrealista e injustificável visão da publicidade como *invitatio ad offerendum*. Agora o ordenamento, embora preservando as facilidades e benefícios econômico-operacionais que a publicidade traz para os empresários, impõe-lhes o dever de cumprir o prometido, além de reparar eventuais danos causados pelas suas atividades incitativas.

[7] DA OFERTA CLÁSSICA À OFERTA PUBLICITÁRIA - Como Instituto jurídico, a oferta não tem vida própria. É o que o Direito quer que seja e determina que é. Seus contornos, requisitos, conteúdo e efeitos são fixados pelo ordenamento. Na abalizada lição de Pontes de Miranda, “se a promessa é vinculativa por si só, ou se é vinculativa e geradora de pretensões e ações, responde o sistema jurídico”.⁴⁶

Nessa linha, não tem sentido a conjectura de uma certa incompatibilidade essencial e intransponível entre oferta e publicidade. A rigor, o que há é uma falta de sintonia entre um ultrapassado modelo legal (infelizmente mantido, com ajustes mínimos, no novo Código Civil), jurisprudencial e doutrinário de oferta e a tipologia real da policitação massificada, em particular na forma de anúncios. No decorrer dos anos, especialmente na primeira metade do século XX, a doutrina clássica - seguida rapidamente pela jurisprudência, ansiosa por modelos de fácil e automática aplicação - construiu uma camisa-de-força para a oferta,

⁴⁵Assim se dá, por exemplo, com a aplicação dos princípios da veracidade e da não-abusividade, bem como com o princípio da correção do desvio publicitário (mediante o uso de contrapropaganda, isto é, de anúncios retificativos).

⁴⁶Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado. Parte especial*, Rio de Janeiro, Borsóli, 1971, tomo XXXI, p. 71.

procurando conferir um sentido lógico à sua noção. "Lógica, contudo, não é justiça."⁴⁷

A publicidade sempre foi vítima de duplo extremismo, característico da oferta clássica. De um lado, um profundo *rigor formal quanto aos requisitos* de uma proposta válida: ou estavam todos presentes, ou não havia oferta. De outro, uma certa flexibilidade - maior ou menor, dependendo do ordenamento jurídico - em relação à *força obrigatória* da oferta, notadamente a pública.

Duas ordens de questões interdependentes estão então postas. Primeiro, importa saber se a publicidade é considerada oferta capaz de vincular o anunciante. Segundo, interessa resolver o grau de vinculação do ofertante à sua oferta - vale dizer, obriga-se unilateralmente ou conserva sua liberdade de alterá-la ou retirá-la até o instante em que é aceita, formando o contrato?

No tratamento moderno do tema, o que vamos observar é exatamente uma reviravolta na polarização desses extremos: visando a acomodar as prementes e irresistíveis necessidades sociais criadas pela publicidade, os requisitos essenciais da policitação tornam-se menos exigentes, enquanto o caráter vinculante da promessa fica mais rígido.

[8] O FORMALISMO DA OFERTA NO DIREITO TRADICIONAL - Na sua configuração original, com variações mínimas de sistema a sistema, exige-se que a oferta seja *precisa* (= auto-suficiente, vale dizer, completa e inequívoca, sem vagueza ou incongruências, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, pelo menos as relativas ao preço e à coisa), *dirigida a seu destinatário* (= declarada e, em alguns sistemas, como o argentino, com destinatário certo ou determinado) e *firme* (= séria, mesmo que com reservas, mas carreando, de qualquer maneira, a

⁴⁷ John D. Calamari e Joseph M. Perillo, *Contracts*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1977, p. 82.

intenção inequívoca de obrigar-se). Tais requisitos são exigíveis⁴⁸ tanto da oferta à pessoa determinada, como da pública.⁴⁹

Ao anúncio, por nem sempre trazer todos esses requisitos (em particular, por não ser, ordinariamente, nem completo, nem inequívoco e, muito menos, dirigido a destinatários identificados), negava-se o caráter de oferta e, a partir daí, a possibilidade de vinculação contratual, sendo sempre apontado como pura (e contratualmente inofensiva) "*invitatio ad offerendum*", "*invitation aux pourparlers*", "*invito ad offrire*"⁵⁰ "*invitation to treat*"⁵¹ ou "convite a contratar", com seus exageros equiparados a *dolus bonus*. A perspectiva da publicidade como simples convite à apresentação de ofertas era - e ainda é - largamente aceita no contexto do Direito Contratual tradicional, apesar da evolução doutrinária já referida.

[9] A FORÇA OBRIGATÓRIA DA OFERTA NO DIREITO TRADICIONAL - Nem só o rigor formal dos requisitos da oferta inviabilizava ou de todo impedia a responsabilização plena e adequada do anunciante. Uma certa indefinição dos vários ordenamentos jurídicos sobre o efeito vinculante da própria oferta - não mais só a publicitária, mas qualquer tipo de policitação - dificultava eventuais tentativas de obrigar o fornecedor a cumprir aquilo que, via anúncio, havia prometido.

⁴⁸ O Código Civil brasileiro não traz os requisitos da proposta. No Direito argentino, a oferta, segundo a melhor doutrina, requer os seguintes requisitos: a) completividade ou auto-suficiência; b) destinatário determinado; c) seriedade, isto é, "*efectuada con intención de obligarse*", excluída a brincadeira (*animus jocandi*) (Atilio Aníbal Alterini *et al*, *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 661). Nos termos do Código Civil argentino (art.1.148), a oferta deve vir "*con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*" (Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 115).

⁴⁹ Cf., também, Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, 3ª ed., Paris, L. G. D. J., 1993, p. 261-266.

⁵⁰ "Uma proposta incompleta pode assumir o valor de um convite à oferta", indicando somente o início de uma negociação (C. Massimo Bianca, *Diritto Civile: il contratto*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, vol. III, p. 219).

⁵¹ É o caso do Direito inglês e, em certa medida, do Direito norte-americano. Sobre aquele, cf. P. D. V. Marsh, *Comparative contract law. England, France, Germany*, Aldershot, Gower, 1994, p. 42.

Realmente, num sistema em que a oferta, em geral, não é vinculante, qual o sentido da flexibilização dos seus requisitos formais para acomodar o perfil especial da publicidade?

A questão é saber se a polcitação cria para quem a emite o dever de mantê-la durante um certo tempo, a partir de sua veiculação, ou se, ao contrário, pode ser livremente retratada ou revogada a qualquer momento, antes de sua aceitação.⁵²

Na ortodoxia contratual, principalmente francesa, a regra era que a polcitação “não produz qualquer obrigação propriamente dita; e aquele que fez tal promessa pode retratar-se, desde que o prometido não tenha sido *aceito* por aquele a quem é dirigido”.⁵³ Vale dizer, em tais termos, a vinculação só é disparada pela aceitação, o que significa, em outras palavras, que, em si considerada, a oferta pura e simples não traz consigo qualquer força obrigatória.

O poder de revogação conferido ao proponente representa um sério inconveniente para o oblato, o qual fica na incerteza sobre a conclusão do contrato, nas condições estabelecidas na oferta. Tal situação ganha contornos dramáticos na oferta ao público. Imagine-se a insegurança daqueles que, diante de um catálogo ou lista de preço, precisam, a cada momento, verificar se a proposta originária continua válida.⁵⁴

A recusa em garantir à oferta caráter irrevogável encontra, na sua origem, a noção arraigada em alguns sistemas jurídicos de que, em sede contratual, uma declaração unilateral não pode criar uma obrigação a cargo do promitente e em benefício de terceiros. Permitir que assim

⁵² Jorge Mosset Iturraspe, *op. cit.*, p. 117-118.

⁵³ Robert-Joseph Pothier, *Traité des obligations*, in Bugnet, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*, Paris, Cosse et N. Delamotte, 1848, vol. II, p. 5.

⁵⁴ C. Massimo Bianca, *op. cit.*, p. 238.

fosse seria perigoso, pois a vinculação dar-se-ia sem o valorizado contraditório, que assegura a firmeza do consentimento. Daí que, em consequência, aquele que dessa maneira atua pode retratar-se a qualquer momento.⁵⁵ De outra parte, admitindo-se a possibilidade e conveniência de vinculação unilateral, dever-se-ia, simetricamente, ser permitida a desvinculação unilateral - a mesma vontade que cria há de ser capaz de destruir,⁵⁶ exatamente o que a doutrina e a regulamentação legal atuais procuram evitar que ocorra em sede publicitária.

A situação evoluiu, em certos sistemas⁵⁷ (alemão,⁵⁸ belga, dinamarquês, português⁵⁹ e brasileiro,⁶⁰ por exemplo), no sentido de conferir-se força obrigatória à oferta. Outros países - Estados Unidos,⁶¹ Inglaterra,⁶² Itália⁶³ e França,⁶⁴ por exemplo - adotam, em graus diversos, o princípio da livre revogação da oferta.

⁵⁵ Boris Starck, Henri Roland e Laurent Boyer, *Obligations. 2. Contrat*, 4^a ed., Paris, Litec. 1993, p. 19.

⁵⁶ Boris Starck, Henri Roland e Laurent Boyer, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁷ Cf. P. D. V. Marsh, *op. cit.*.

⁵⁸ Arts. 145-148, do BGB.

⁵⁹ Código Civil português, arts. 228 e 230.

⁶⁰ No Brasil, assinala Antônio Junqueira de Azevedo, com a propriedade que lhe é peculiar: "Entre nós, desde o advento do Código Civil, e ao contrário do que ocorre era inúmeros países da família romano-germânica, nunca houve dificuldade à aceitação de que os atos unilaterais criam obrigações (v. Título VI, Das Obrigações por Declaração Unilateral de Vontade, do livro *Do Direito das Obrigações*). Em matéria de oferta, a disposição do art. 1.080 também nunca deixou margem a dúvida sobre seu caráter vinculante: 'A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.' Portanto, no Direito brasileiro, ainda que a oferta esteja na fase pré-contratual, as questões que dela surgem são, inegavelmente, de responsabilidade contratual (por motivos óbvios, seria melhor dizer, de responsabilidade negocial)" (Antônio Junqueira de Azevedo, "Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum", in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, vol. 18, 1996, p. 29).

⁶¹ Nos EUA, a oferta não fornecida, "*consulation*", é totalmente revogável (Samuel Willston, *The law of contracts*, New York, Baker, Voorhis & CO., 1931, p. 301, "mesmo quando afirma ser irrevogável" (John D. Calamari e Joseph M. Perillo, *op. cit.*, p. 89).

⁶² P. D. V. Marsh, *op. cit.*, p. 58.

⁶³ Cf. o art. 1.328, do Código Civil italiano.

⁶⁴ Na França, a jurisprudência entende que, em princípio, o polícitante não está vinculado à sua oferta e pode retratar-se até que venha uma aceitação válida. Essa regra, entretanto, vem sendo, gradativamente, corroída em várias hipóteses. Primeiro, quando

A solução legislativa (maior vinculação e menor poder de liberação) vem, de modo geral, aplaudida,⁶⁵ já que, oportunamente, por intervenção direta, clara, irrestrita e cogente do legislador, liberta a força vinculante da publicidade do sabor e das incertezas das infundáveis, discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

[10] BASES DO NOVO PARADIGMA DA OFERTA PUBLICITÁRIA

- No Brasil, como de resto em outras partes do mundo, antes das grandes transformações sedimentadas pelo Direito do Consumidor, só muito raramente a publicidade era considerada “proposta”, no sentido contratual tradicional, vindo o fenômeno publicitário inserido na fase pré-contratual, “não se lhe atribuindo qualquer relevo no processo formativo do consenso negociado”.⁶⁶ Era vista, já dissemos, como pura *invitatio ad offerendum* e, por isso mesmo, não vinculante.

Vários caminhos foram aventados pela doutrina com o intuito de conferir efeito vinculante aos conteúdos publicitários.⁶⁷ Comum a todos está uma certa operatividade restrita, sempre condicionada a um enorme e inseguro influxo doutrinário.

Primeiro, buscou-se, pura e simplesmente, ver na publicidade uma espécie de oferta pública ou *ad incertam personam*. Além disso, tentou-se localizar nela uma relação pré-contratual de confiança entre

o polícitante fixa um período de validade para a oferta (prazo de aceitação), comprometendo-se a não retirá-la antes de uma certa data. Segundo, quando abusa (carência de motivo legítimo) do direito de revogação, exercendo-o prematuramente, antes da expiração de um prazo razoável implícito. Nesse último caso, sob a base de que a oferta, para corresponder à sua finalidade social, necessita que seu destinatário tenha tempo suficiente para examiná-la e respondê-la, é conferido ao oblato um prazo razoável, geralmente muito breve (Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation...*, cit, p. 270-279).

Não obstante tais temperamentos, a doutrina clássica continua a sustentar que, na ausência de prazo, expresso ou implícito, o polícitante pode revogar sua oferta sem incorrer em responsabilidade civil (Henri & Léon Mazeaud *et alii*, *op. cit.*, p. 121).

⁶⁵ Miguel Pasquau Liaño, *Comentários a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordenação de Rodrigo Bercovitz e Javier Salas, Madrid, Civitas, 1992, p. 164.

⁶⁶ Vincenzo Franceschelli, art. cit., p. 270.

⁶⁷ Miguel Pasquau Liaño, *op. cit.*, p. 155 e segs.

fornecedores e consumidores que, uma vez violada pela recusa de cumprir o prometido ou, ainda, pela enganosidade, daria ensejo à responsabilização do anunciante. Terceiro, a responsabilidade extracontratual, os vícios de consentimento, a interpretação contratual e a boa-fé foram igualmente chamados em auxílio dos consumidores lesados pelo fenômeno publicitário. Finalmente, procedeu-se ao resgate em amparo da tese da força obrigatória até de noções antigas, como o adágio *protestatio contra factum non valet*.⁶⁸

A resolução definitiva do problema exigiu intervenção legislativa. Curioso (para não dizer trágico) que isso tenha sido necessário inclusive em países, como o Brasil, onde a oferta, normalmente, já é obrigatória, inexistindo, ademais, regramento legal dos seus requisitos. Aqui, patente a força (perniciosa) da doutrina brasileira que, desatenta e insensível às grandes transformações dos últimos anos, continuava a repetir - automaticamente e sem suporte sequer na letra estrita do Código Civil de 1916 - teorias e princípios próprios de sistemas jurídicos estrangeiros muito mais rigorosos que o nosso em relação ao tratamento a ser dado à policitização.

Os contornos da oferta publicitária, na forma traduzida pelos estatutos e doutrinas recentes de proteção do consumidor, divergem profundamente daqueles da policitização clássica (divergência que é mantida no modelo geral do novo Código Civil, como veremos adiante). Primeiro, seu grau mínimo de *precisão* ou *completude* é reduzido. Já não se exige que traga todos os termos essenciais do contrato, particularmente referências à coisa e ao preço. O detalhamento deixa de ser o portão de entrada da força obrigatória.

Segundo, o anúncio não precisa ser *inequívoco*; o caráter equívoco funciona contra o policitante publicitário e não em seu favor. No

⁶⁸ Mário Bessone, *Nuovi saggi di Diritto Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1980, p. 239.

Direito clássico, já mencionamos, a oferta equívoca era considerada ineficaz, beneficiando o ofertante relapso ou de má-fé. A proteção do consumidor propiciou verdadeira inversão desse paradigma. Vale dizer, o legislador, na tutela desse sujeito, rechaça a exigência de que a oferta, para vincular, seja “plena, completa, íntegra”.⁶⁹

Por derradeiro, no saber contratual convencional, o polícitante “é o mestre da oferta”.⁷⁰ Não mais! A oferta publicitária, na construção do Direito do Consumidor, vem dotada de rigorosa *irretratabilidade*, em todo ultrapassado o “caráter singularmente frágil”⁷¹ da oferta clássica, fruto de sua acentuada revogabilidade.

A oferta, no mundo da proteção do consumidor, é fenômeno altamente regrado, até constitucionalmente.⁷² Além de estabelecer, como princípio, a força obrigatória da polícitação, daí advindo a sua irrevogabilidade durante o prazo fixado pelo anunciante ou outro razoável, a lei ainda impõe um dever genérico de informação, acompanhado de outros mais específicos.

Nesse sentido, o CDC estabelece, em um dos seus relevantes artigos sobre o tema,⁷³ que

a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre

⁶⁹ Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo L. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁰ John D. Calamari e Joseph M. Perillo, *op. cit.*, p. 86.

⁷¹ Louis Josserand, *Cours de Droit Civil Positif français*, 2ª ed., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 27.

⁷² A Constituição Argentina, por exemplo, dispõe, após a reforma de 1994, que: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*” (art. 42, grifo nosso).

⁷³ Há outros dispositivos igualmente relevantes, todos direcionados no sentido da transparência, equilíbrio e boa-fé da oferta. Cf., p. ex., os arts. 33 e 52.

os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.⁷⁴

Já vimos que, em termos de princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária, o CDC não deixa qualquer dúvida, ao regram a matéria em dois dispositivos principais, os arts. 30 e 35.⁷⁵ Concluindo, não chega a ser exagero dizer-se que dispositivos como os arts. 30 e 35 apresentam solução “revolucionária”⁷⁶ no tratamento da publicidade. Já era tempo! Isso porque, na lição abalizada de Antônio Junqueira de Azevedo, tais disposições legais, como consequência jurídica, significam

que, dada a informação, ou feita a publicidade, desde que ‘suficientemente precisa’, ou apresentada a oferta, o fornecedor cria um *direito potestativo para o consumidor*; este pode aceitar, ou não, o negócio que se propõe; o fornecedor está em pura situação de sujeição. Se houver aceitação pelo oblato, o contrato está concluído.⁷⁷

Em sede publicitária, parece que o legislador brasileiro prestou bastante atenção à advertência da doutrina de que a proteção do consumidor “deve ser cuidadosamente reproposta, sem vínculos a moldes rígidos nem a preconceitos”.⁷⁸

⁷⁴ CDC, art. 31. Nos mesmos passos, o estatuto argentino de proteção do consumidor (Ley 24.240) determina que: “*Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos*” (art. 4º). Cf., ainda, o art. 19: “*Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convertidos.*”

⁷⁵ Na mesma direção, na Argentina, a Ley 24.240 põe de cabeça para baixo o sistema do art. 1.150, do Código Civil: “*La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones*” (art. 7º).

⁷⁶ Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo L. Lorenzetti, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁷ Antônio Junqueira de Azevedo, *Responsabilidade pré-contratual...*, cit., p. 30.

⁷⁸ Ramón Daniel Pizarro e Carlos Gustavo Vallespinos, “Publicidad inductiva y engañosa”, in *Derecho del Consumidor*, Rosario, Editorial Juris, 1991, Vol. 1, p. 45.

Que esses tardios avanços encontrem, na doutrina e nos tribunais, respaldo à altura da manifestação do legislador e da expectativa da sociedade.

[11] INAPLICABILIDADE DO ART. 429 DO NOVO CÓDIGO CIVIL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO - No que se refere à oferta, o novo Código Civil, tentando ajustar-se à evolução do mercado e da sociedade de comunicação de massa, deu um passo à frente e, simultaneamente, outro atrás.

Dispõe seu art. 429, *caput*, que: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.” Está aqui, pela primeira vez, na nossa legislação civil, o reconhecimento da “oferta ao público”.

Avançou o Código ao estabelecer a “equivalência” entre *oferta ao público e proposta*. Por amor à técnica, é bom notar, *ab initio*, que não estamos *diante*, verdadeiramente, ao contrário do que deseja indicar o CC, de “proposta por equivalência”, mas de genuína proposta. Por aqui já se começa a perceber que o reconhecimento tardio do caráter vinculante da oferta publicitária não ocorreu facilmente, pois é inegável, até no discurso legal adotado, a resistência do legislador em romper com o paradigma ultrapassado e injusto do Código Civil de 1916 (= *rectius*, da doutrina civilista inspirada no CC).

De toda sorte, o avanço foi apenas aparente, pois o tipo de oferta ao público que o legislador equiparou à proposta inexistente, em regra, na prática do mercado. E se existisse, não seria anúncio (= oferta ao público), mas algo assemelhado a uma bula de remédio. Querer que a oferta ao público (= publicidade), para ter efeito vinculante, encerre “os requisitos essenciais ao contrato” é impor condição juridicamente possível, mas concretamente implausível. Quem já viu um anúncio que traga todos “os requisitos essenciais ao contrato”? Se é que tal modalidade publicitária

ocorre, certamente não é comum, menos ainda nos meios maciços de comunicação, como o rádio e a televisão.

A solução para o aparente paradoxo hermenêutico do dispositivo (“dar com uma mão, retirar com a outra”) está nele próprio, pela via da expressão “salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos” (art. 429, *caput*, *in fine*). No mundo do *marketing*, a exceção prevista pelo legislador comporta-se, na verdade, como regra geral, vale dizer, é próprio “das circunstâncias ou dos usos” publicitários e do mercado de consumo que o anúncio, embora sem a presença da totalidade dos “requisitos essenciais ao contrato”, seja visto como genuína proposta. Nem poderia ser diferente, pois, se o contrário fosse, a publicidade não teria a força que tem para mover milhões de consumidores. Eis, aqui, na sua plenitude, manifestado o princípio da confiança.

De qualquer maneira, com ou sem defeitos de redação, o art. 429, *caput*, do Código Civil *não* tem nenhuma repercussão concreta nas relações de consumo, conquanto regidas, nesse ponto, inteiramente por norma especial. O regime da oferta - publicitária ou não - nos negócios de consumo é particular, interessando o estudo do sistema do Código Civil simplesmente para realçar, uma vez mais e pela técnica do cotejo, a visão social e moderna do legislador do CDC.

Como veremos adiante, na análise do art. 35, tampouco incide sobre as relações de consumo o parágrafo único do art. 429 do CC, que cuida da revogação da oferta ao público.

Art. 31. A oferta e apresentação [6] de produtos ou serviços devem [2][7] assegurar informações [1] corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa [4] sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço [8], garantia, prazos de validade e origem, [5] entre outros dados [3],



bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

COMENTÁRIOS

[1] DOIS TIPOS BÁSICOS DE INFORMAÇÃO - A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação.

Lá, temos a informação *pré-contratual*. Aqui, nos deparamos com a informação *contratual*. São dois estágios distintos do *iter* da comunicação com o consumidor. Ambos têm o mesmo objetivo, ou seja, preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas.

Só que um (o pré-contratual) tem muito mais a ver com informações sobre o próprio produto ou serviço, embora não se limite a tal. O outro, diversamente, trata precipuamente das condições formais em que a manifestação da vontade tem lugar. É como se aquele momento inicial fosse, de fato, preparatório para o segundo. Isso porque, sem a informação adequada através da oferta, “a informação contratual corre o risco de chegar tarde demais”.⁷⁹ E é na fase pré-contratual que a decisão do consumidor é efetivamente tomada. Daí a importância de sua informação suficiente ainda nesse estágio.

Esta Seção II cuida, basicamente, da informação pré-contratual, vindo a informação contratual regida pelo Capítulo VI, notadamente pelos arts. 46 e 54, §§ 3º e 4º, do Código.

⁷⁹ Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 155.

Em todo o Código transparece a preocupação do legislador com a questão da informação. Afinal, bem que justificada, já que, nas palavras sábias de Mário Frota, o jurista português, presidente da Associação Internacional de Direito do consumo, "a informação aos consumidores é *conditio sine qua non* da realização do mercado".⁸⁰

[2] O DEVER DE INFORMAR - Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva.⁸¹ Toda a reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir.⁸²

O dispositivo tem, na sua origem, o princípio da transparência, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, *caput*). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.

Com efeito,

na sociedade de consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre. A obrigação que o Direito Civil impõe ao comprador de informar-se antes de contratar é, na sociedade de consumo, irreal.⁸³

⁸⁰ Mário Frota, Palestra na Federação do Comércio de São Paulo, em 17.9.90, in *Direito do Consumidor*, encarte especial da revista *Problemas brasileiros*, nº 282, nov./dez. 1990, p. 26.

⁸¹ Anne Meunier-Bihl, *Guide juridique des consommateurs*. Paris, Éditions de Vecchi, 1987, p. 46.

⁸² Ver nota 26.

⁸³ Nicole L'Heureux, *op. cit.*, p. 16.

Como consequência, o Estado intervém para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre, suas opções de consumo. Cite-se o exemplo dos Estados Unidos, onde se fez necessária a intervenção governamental para garantir aos consumidores informações-chave⁸⁴ sobre a durabilidade das lâmpadas,⁸⁵ a octanagem da gasolina,⁸⁶ o conteúdo de tártaro e nicotina nos cigarros e a quilometragem por litro de combustível nos automóveis.⁸⁷

O art. 31 aplica-se, precipuamente, à oferta não publicitária. Cuida do dever de informar a cargo do fornecedor. O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.

Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.⁸⁸

O consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. Por outro lado, por melhor que seja a sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado. É que, como muito bem alerta Marilena Lazzarini, a líder do consumerismo brasileiro, “por mais informado que o cidadão esteja, existem inúmeras questões invisíveis para as pessoas.

⁸⁴Robert Pitofsky, Beyond Nader, “Consumer protection and the regulation of advertising”, in *Harvard law review*, vol. 90, nº 4, 1977, p. 664.

⁸⁵ 16 C. F. R. § 409.I (1976).

⁸⁶ 16 C. F. R. §422.I(1976).

⁸⁷ 16 C. F. R. § 259. I e 259.2 (1976).

⁸⁸ TJPR, 1ª Câm. Cível - Ap. Cível 174.707.300 - rel. Rosene Arão de Cristo Pereira - j. 25.10.2005.

Sozinhas elas não têm condições de avaliar se uma verdura possui agrotóxicos acima do permitido”.⁸⁹

[3] O CARÁTER ENUMERATIVO DO DISPOSITIVO - O art. 31 impõe o dever de informar sobre certos dados do produto ou serviço. Lista-os, “entre outros”. Por conseguinte, o rol apresentado é meramente enumerativo. Caberá ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço, informar sobre “outros” dados que, no caso concreto, repete importantes. Se não o fizer voluntariamente, assim o determinará o juiz ou a autoridade administrativa, independentemente da reparação e da repressão (administrativa e penal).

Todo e qualquer produto ou serviço tem de respeitar o dever de informar do art. 31. Não se trata de listagem facultativa. É completamente obrigatória. Impossível, por outro lado, qualquer limitação administrativa a esse dever do fornecedor, imposto que é por lei.

[4] A INFORMAÇÃO EM PORTUGUÊS - As informações prestadas devem ser apresentadas em língua portuguesa. Em alguns casos, quando absolutamente inexistente similar na nossa língua, o fornecedor pode utilizar a palavra estrangeira, explicando-a, contudo, sempre que necessário.

Acrescente-se que informações em outras línguas não estão proibidas. Desde que conjugadas, com igual ou maior destaque, a outras em português. Com isso atende-se às preocupações daqueles fornecedores que, além de servirem o mercado interno, ainda exportam seus bens. Poupa-se o esforço de elaboração de dois rótulos ou manuais distintos: um para o comércio local e outro para o externo.

Os produtos e serviços que apresentam informações em língua estrangeira, segundo os próprios profissionais da área, assim o fazem por

⁸⁹ Marilena Lazzarini. Entrevista, in *Revista Cláudia*, out. 1990, p. 228.

duas razões básicas: busca-se passar para o consumidor a impressão enganosa de aquisição de um bem importado ou, ao menos, de algo com “qualidade exportação”. Facilmente se percebe que a utilização de outros idiomas é fruto de uma prática de *marketing* (condenável) e não de uma necessidade do mercado. Cabe ressaltar que os fornecedores brasileiros, ao exportar, são extremamente ágeis na colocação das informações exigíveis na língua do país a que se destina o produto. Basta que lembremos as inúmeras vezes em que nos deparamos, nos supermercados brasileiros, com frango congelado totalmente rotulado em árabe (fruto de sobra de exportação).

A regra aplica-se também aos bens importados. Afinal, não faria sentido criar mais uma hipótese de concorrência desleal entre os fornecedores nacionais e os estrangeiros. O Código, realmente, não faz qualquer distinção entre bens brasileiros e bens importados. As normas, em particular as de informação e segurança, têm por referencial o consumidor, sendo irrelevante a origem do bem.

Não se trata, contudo, de obrigação cega. Tem ela uma *ratio* e, uma vez que esta esteja ausente, desnecessária a aplicação da norma. O que se busca é dar ao consumidor informação plena e adequada. Quer-nos parecer que, por tal linha de raciocínio, estão isentos os estabelecimentos que só vendem produtos importados, exatamente porque o seu consumidor tem clara percepção do caráter especial daquele fornecimento. Igual solução merecem as seções de importados dos grandes supermercados e magazines, desde que total e suficientemente separadas das restantes. Tal exceção, contudo, não se aplica às advertências contra riscos e instruções de manuseio. A saúde do consumidor vem sempre em primeiro lugar.

Tampouco é exigível o dever de expressão em idioma português para os nomes comerciais ou marcas registradas.

Os serviços, não esqueçamos, devem respeitar os requisitos do dispositivo. Nesse particular, cabe mencionar o transporte aéreo internacional. Na França, por exemplo, a empresa aérea *British Airways* foi condenada por haver emitido naquele país bilhetes redigidos exclusivamente em inglês.

[5] OS DADOS INTEGRANTES DO DEVER DE INFORMAR - Os dados objeto do dever de informar são os mais variados, dependendo sempre do produto ou serviço oferecido. De qualquer modo, o Código fixa, de plano, algumas informações que, necessariamente, devem constar de produtos ou serviços: características (produtos e serviços), qualidades (produtos e serviços), quantidade (de regra, só produto), composição (mais para produtos do que para serviços), preço (produtos e serviços), garantia (produtos e serviços), prazos de validade (produtos e serviços), origem (mais para produtos) e riscos (produtos e serviços).

E, recorde-se, qualquer referência ao produto ou serviço deve estar coberta pela correção, clareza, precisão e ostensividade.

Normas especiais podem ampliar tal listagem, mas nunca restringi-la. É o caso da regulamentação específica de alimentos e de medicamentos. E, como se sabe, sempre que a legislação especial anterior contrariar o Código, este tem precedência, afastando aquela.

[6] AS EMBALAGENS E ROTULAGEM - Não é só a publicidade que pode ser enganosa (art. 37, § 1º). Na medida em que a embalagem geralmente é veículo de *marketing*, também ela se presta à enganosidade. “Na sociedade de consumo, o rótulo, fixado sobre um produto ou embalagem, constitui um meio ideal de comunicação entre o fabricante, o distribuidor ou o vendedor e o consumidor.”⁹⁰ E, por ser

⁹⁰ Nicole L’Heureux, *op. cit.*, p. 157.

meio de comunicação, é passível de transmissão de informações enganosas ou abusivas.

Devemos, entretanto, distinguir dois aspectos da embalagem: seu *design* (tamanho e forma) e sua decoração (as palavras e imagens impressas). Esta última, de certa maneira, confunde-se com o próprio conceito de rótulo. Em ambos é possível a manifestação da enganiosidade.⁹¹

Assim, por exemplo, é enganoso sugerir, mediante forma especial (*design*), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. Do mesmo modo, há enganiosidade na rotulagem que induz o consumidor a crer que se trata de produto natural, quando, na verdade, é artificial:

[7] O DESTINATÁRIO DA NORMA - O Código altera o sistema tradicional de fluxo informativo no mercado. "O Direito do Consumidor, levando em conta as novas condições do mercado, faz com que a parte melhor informada suporte a obrigação de informar a parte mal informada."⁹² Mas quem seria, para fins de aplicação do ordenamento especial, a parte mais bem informada?

Não há uma resposta única. Depende. Como regra geral, é parte mais bem informada o fornecedor, qualquer que seja ele. Mas o princípio comporta exceções, sempre determinadas pela própria lei ou pela realidade do mercado. Assim, quanto ao preço, mais ainda em períodos de alta inflação, compete apenas ao fornecedor final afixá-lo.

Com efeito, já de início podemos dizer que o texto legal não limita ao fabricante o dever de informar. Logo, como política geral, entende-se que todos os agentes que ofereçam ou apresentem produtos e

⁹¹ Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 141.

⁹² Nicole L'Heureux, *op. cit.*, p. 16.

serviços no mercado têm uma obrigação legal, intransferível, de bem informar o consumidor.

É certo que, quanto aos produtos industriais, “ao fabricante cabe prestar as informações” necessárias (art. 8º, parágrafo único), não apenas quanto aos riscos, mas ainda quanto a outras características relevantes. Trata-se, evidentemente, de uma exceção à regra geral do art. 31. Na ausência de fabricante nacional, sendo o produto importado, é responsável o importador. Já a obrigação de informar *a posteriori* sobre riscos tardiamente conhecidos é partilhada por todos os agentes econômicos (art. 10, § 1º), estendendo-se, inclusive, aos órgãos públicos (art. 10, § 3º).

Veja-se que o dever imposto ao fabricante de produtos industriais (leia-se pré-embalados) abarca o comerciante quando ele rompe a embalagem e passa a vender o produto a granel (salsichas, por exemplo). Nesse caso, desaparece a justificativa do dispositivo, que é a de não impor ao distribuidor responsabilidade de informar sobre algo que ele, em face do obstáculo representado pela embalagem, não tem condições de conhecer.

Na responsabilização daquele que deixou de informar adequadamente, é irrelevante qualquer discussão de sua boa-fé, em especial quando estamos diante de carência informativa sobre riscos (art. 12, *caput*, *in fine*, e art. 14, *caput*, *in fine*). A apreciação de culpa só vai ser importante para responsabilizar, subsidiariamente, um outro sujeito partícipe do processo de distribuição, naquelas hipóteses em que o fabricante é responsável principal (art. 8º, parágrafo único). Assim, se o comerciante, diante de um produto industrializado com deficiência de informação patente (ou, mesmo que não seja evidente, após reiteradas reclamações dos consumidores), insiste em comercializá-lo, é ele

solidariamente responsável - só que por responsabilidade subjetiva - por tal desvio.

[8] PREÇO E CÓDIGO DE BARRAS - Tornou-se corriqueiro no Brasil a substituição da etiqueta de preço no produto por código de barras. A prática é ilegal, por violação frontal ao CDC. Os tribunais vêm se posicionando nesse sentido.⁹³

A adoção do código de barras só se justifica como técnica para agilizar a passagem do produto no caixa do estabelecimento, nunca para reduzir ou dificultar o grau de informação do consumidor, no momento de sua escolha. Conseqüentemente, para cumprir tal objetivo legítimo, não há a necessidade, exceto pelo fundamento egoístico da economia de custos pelo fornecedor, de fazer o código de barras substituir a etiqueta de preço, única maneira de, adequadamente, informar o consumidor.

Como muito bem assinala Alexandre David Malfatti,

no momento da aquisição, o preço é um dos principais elementos - talvez o principal na maior parte das vezes - para a formação da vontade do consumidor no processo de escolha de um produto ou serviço. Não se pode ignorar que a maior parcela da população brasileira procura produtos e serviços que tenham preços atrativos - mais baixos - e que, por conta disso, não pode ser iludida sobre os valores a serem desembolsados na aquisição dos mesmos. A informação do preço do produto ou serviço deve ser ostensiva e legível, não causando dúvida de qualquer espécie ao consumidor (...). O Brasil, é necessário sempre insistir, é composto por uma grande maioria de pessoas que não têm acesso aos ensinos médio e superior, com enormes dificuldades para os meios mais modernos - de informática, por exemplo - de transmissão das informações. Dizer ao consumidor, por exemplo, que o preço do produto é identificado por um código de barras a ser lido numa máquina poderá significar uma ausência ou insuficiência de informações.⁹⁴

⁹³ STJ - 3ª T. - REsp 688.151/MG - rel. min. Nancy Andrighi - j. 7.4.2005.

⁹⁴ Alexandre David Malfatti, *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Alfabeto Jurídico, 2003, p. 283-284.

Em resumo, nada impede que o fornecedor utilize o código de barras nos seus produtos, desde que mantenha, como de hábito, a etiqueta de preço. A esse respeito, o art. 31 não deixa qualquer dúvida, o que, de plano, macula de inconstitucionalidade norma estadual ou municipal que o diga de modo diverso.

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. [1]

***Parágrafo único.* Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. [2]**

COMENTÁRIOS

[1] O DEVER DE FORNECIMENTO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO ENQUANTO DURAR A FABRICAÇÃO DO PRODUTO - O dever de assistência com peças e componentes obriga apenas o fabricante e o importador, não se aplicando ao mero distribuidor.

Já o dever de assistência técnica, como mera prestação de serviços, é devido não apenas pelo fabricante e importador, mas também pelo próprio distribuidor, uma vez que inerente à sua atividade no mercado.

[2] O DEVER DE FORNECIMENTO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DA FABRICAÇÃO DO PRODUTO - Mesmo após cessar a produção ou importação do produto, o fabricante, naquele caso, e o importador, neste outro, ainda devem cumprir o dever de assistência com peças e componentes. Só que tal obrigação não é *ad eternum*. De duas, uma: a lei ou regulamento fixa um prazo máximo, ou o juiz, na sua

carência, estabelece o período razoável de exigibilidade do dever. Em todo caso, deve-se sempre levar em conta a *vida útil* do produto.

Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, [1] deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial. [2] [3]

COMENTÁRIOS

[1] O FORNECIMENTO POR TELEFONE OU REEMBOLSO POSTAL - Aqui está um dos poucos dispositivos em que o Código regrou, especificamente, modalidades de promoção de vendas. Conforme já dissemos, estas são tratadas, conjunta e indistintamente, no gênero práticas comerciais.

[2] A VULNERABILIDADE ESPECIAL DO CONSUMIDOR NA OFERTA TELEFÔNICA OU POR REEMBOLSO - O consumidor que adquire bens de consumo por telefone ou reembolso postal muitas vezes fica sem saber quem é o fabricante do produto. Com isso, sua proteção é deveras limitada, já que, para certos incidentes no mercado, a responsabilidade maior é do fabricante (acidentes de consumo). Ademais, em outros casos, o consumidor pode estar necessitando de um mero contato com o fabricante para colher maiores informações sobre aquilo que adquiriu. A ausência de endereço impede que ele assim proceda.

O dever de informação, também aplicável quanto à identificação dos importadores, naquelas hipóteses de produtos importados, não é cumprido com a simples afixação do CGC destes ou do fabricante.

[3] FORNECIMENTO PELA INTERNET - As transações pela Internet não foram tratadas especificamente pelo CDC. No entanto, em

especial naquelas cuja conexão com o terminal do consumidor se dê pela rede telefônica, é aplicável o disposto no art. 33.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. [1][2]

COMENTÁRIOS

[1] A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FORNECEDOR PELOS ATOS DOS PREPOSTOS - Este dispositivo legal é da mais alta relevância. Não são poucos os casos em que o consumidor lesado fica totalmente impossibilitado de acionar o fornecedor - beneficiário de um comportamento inadequado de um de seus vendedores - sob o argumento de que estes não estavam sob sua autoridade, tratando-se de meros representantes autônomos.

Agora, a voz do representante, mesmo o autônomo, é a voz do fornecedor e, por isso mesmo, o obriga. Quantas e quantas vezes o antigo “Baú da Felicidade”, de Sílvio Santos, fez uso de tal artifício! O preceito põe abaixo o argumento legal que a empresa utilizava como pretexto para fraudar milhares de consumidores.

[2] A ISENÇÃO CONTRATUAL - Nessas hipóteses, portanto, não terá qualquer valor jurídico documento assinado pelo representante “autônomo” e o fornecedor, isentando este de responsabilidade civil por eventuais prejuízos causados aos consumidores.

Art. 35. Se o fornecedor [2] de produtos ou serviços recusar cumprimento [4] à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: [1][3][5]

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. [2]

COMENTÁRIOS

[1] RECUSA DE CUMPRIMENTO DA OFERTA - Já dissemos que a regra do Código, em termos simplistas, poderia ser resumida da seguinte forma: “ofereceu, cumpriu”.⁹⁵ É essa a *ratio* e o espírito do princípio da vinculação da oferta.

⁹⁵ Ainda no sistema anterior ao Código, um exemplo concreto (dos raros existentes) merece ser mencionado. A Fotóptica, uma cadeia de lojas de equipamentos de áudio e vídeo, fez publicar nos jornais de São Paulo, no dia 1º de abril de 1987, anúncio oferecendo o conjunto de som Esotech, fabricado pela Gradiente, por preços inferiores aos realmente praticados pela rede (Cz\$ 39.620,00 à vista ou em cinco prestações de Cz\$ 10.887,00, totalizando Cz\$ 54.435,00). O consumidor, induzido pela publicidade, dirigiu-se ao estabelecimento disposto a efetuar o negócio. Lá chegando, para sua surpresa, foi informado que o preço mencionado no anúncio se referia a apenas três peças do aparelho e não ao conjunto todo. Revoltado, propôs ação judicial que tramitou na 3ª Vara Cível da Capital. O ilustre magistrado, Luiz Eurico Costa Ferrari, decidiu em favor do consumidor. Na sua sentença alega que, “sendo impossível converter a proposta em contrato, por razões de ordem prática, a inexecução implica obrigação reparatória, por suporte semelhante ao da rescisão, caso o contrato tivesse sido concluído. Se a proposta é *obrigatória*, seu malogro, por fato atribuível ao policitante, acarreta o mesmo efeito da inadimplência em obrigações constituídas”. E conclui: “Se a ré não pretendia vender o conjunto de som, em sua configuração completa, por que fez fotografá-lo, desse modo, relegando a restrição para nota abreviada completamente secundária em relação ao destaque principal do anúncio? Por que não deu o mesmo destaque à restrição, ou, quando menos, suficiente esclarecimento de seu conteúdo? O conteúdo do anúncio induz em erro, principalmente, a maior parte de seus destinatários, evidentemente leiga em assuntos de eletrônica. Como a publicação foi feita em veículo não especializado, conclui-se que era destinada ao público consumidor e não a uma reduzida camada de técnicos capaz de distinguir ‘PH, HALL e III’ do que se vê na fotografia... Não há dúvida que a propaganda foi enganosa. Por corolário, é de se considerar válida a proposta, sem restrições. Aceitando-a o autor, deve a policitante efetivar a venda, ou pagar perdas e danos. Julgo, pois, procedente a ação para condenar a ré nos termos do pedido, arcando com indenização a ser apurada, por meio de artigos,



A parceria entre o Direito e a comunicação mercadológica com o consumidor evoluiu de uma proteção extracontratual (frágil) para uma tutela (efetiva) na fase da formação do contrato e, a partir desta, para um regime especial de execução do documento contratual. É nessa última concepção que as mensagens mercadológicas, em particular a publicidade, ganham *força obrigatória*, transformando-se a comunicação publicitária em autêntico serviço informativo em benefício dos consumidores.⁹⁶

Na preciosa lição de Alberto do Amaral Júnior, o princípio da vinculação publicitária realiza-se de dois modos diversos. Se o fornecedor deixar de cumprir a oferta ou publicidade, ou, ainda, se não tiver condições de cumprir o que prometeu, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo. Se o contrato já tiver sido concluído, deixando contudo de mencionar algum elemento previsto na oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga, mais perdas e danos".⁹⁷

Em síntese, além de uma série de outras providências, entre as quais a via persecutória penal e a das sanções administrativas, o consumidor, em caso de oferta desconforme com aquilo que o fornecedor efetivamente se propõe a entregar, tem à sua escolha três opções:

- a) exigir o cumprimento forçado da obrigação;
- b) aceitar um outro bem de consumo equivalente;

caso não possa concretizar a venda, nos termos da aceitação. Neste caso, corrigir-se-á o preço desde abril de 1987."

⁹⁶ Mário Bessone, *op. cit.*, p. 237.

⁹⁷ Alberto do Amaral Júnior, *Proteção do consumidor...*, cit., p. 239-240.

c) rescindir o contrato já firmado, cabendo-lhe, ainda, a restituição do que já pagou, monetariamente atualizado, e perdas e danos (inclusive danos morais).⁹⁸

O consumidor, como observa Thereza Alvim, pode formular pedidos sucessivos.⁹⁹ Vê-se, então, que, aqui se afastando do CC -que concede, como remédio, no caso de inadimplemento da policação, a resolução em perdas e danos¹⁰⁰ -, o CDC orienta-se pela regra da execução específica, "pela qual o que se busca é o efetivo cumprimento dos termos da oferta".¹⁰¹

Também nas duas primeiras hipóteses (tutela específica e aceitação de bem equivalente), como já mencionado, cabem, por força do art. 6º, inc. VI, perdas e danos, patrimoniais e morais.

Em relação ao cumprimento forçado da obrigação, já decidiu o STJ, pelas mãos seguras da min. Nancy Andrighi, que,

se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada.¹⁰²

[2] OS SUJEITOS RESPONSÁVEIS - Estatui o art. 35 que, se o "*fornecedor* do produto ou serviço recusar cumprimento à oferta,

⁹⁸ No art. 35, do CDC, cuida-se de rescisão e não de resilição ou resolução do contrato, significando que a fulminação contratual opera *ex tunc*, "desaparecendo tudo que foi executado anteriormente como se o contrato jamais tivesse sido concluído" (Alberto do Amaral Júnior, *Proteção do consumidor...*, cit., p. 241).

⁹⁹ Thereza Alvim, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁰ Dispõe o novo Código Civil que: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (art. 389).

¹⁰¹ Fernando Gherardini Santos, *Direito do marketing*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

¹⁰² STJ – 3ª T. - REsp 341.405/DF - rel. min. Nancy Andrighi - j. 3.9.2002; cf., ainda, TJRS - Ap. Cível nº 596.088.997 – 5ª Câmara Cível - rel. des. Araken de Assis - j. 29.8.96. Neste acórdão, o jurista-relator determinou a entrega de bem (automóvel Twingo) que a consumidora ganhara em bingo promovido pelo Esporte Clube Guarani.

apresentação ou publicidade" (grifo nosso), o consumidor poderá fazer uso dos remédios previstos nos incs. I a III.

Quem seria o "fornecedor" mencionado no *caput* do art. 35? Primeiramente, fornecedor, aqui, é o anunciante *direto*, aquele que paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio.

Mas não só ele, pois o anunciante *indireto*, aquele que se aproveita do anúncio de terceiro (o comerciante, por exemplo, em relação ao anúncio do fabricante), também pode ser responsabilizado, em especial quando representante do anunciante direto ou na hipótese de utilizar, no seu estabelecimento, o anúncio em questão.

Nesse tema, cabe lembrar duas normas importantes do CDC. De um lado, o art. 7º, parágrafo único, segundo o qual: "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo." De outro, o art. 34, que dispõe que: "O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos." Portanto, nas palavras de Paulo Scartezzini, podem o consumidor ou as pessoas enumeradas no art. 82 do CDC, "à sua escolha, propor a ação contra todos, alguns ou contra apenas um dos causadores do dano. O autor verificará em cada caso o que lhe é mais favorável".¹⁰³

E o veículo? Como regra, não é ele "fornecedor", para fins desse artigo. No entanto, nomeadamente em situações de patente publicidade enganosa ou quando está a par da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, impossível deixar de reconhecer a responsabilidade civil do veículo, já não mais em bases contratuais, mas por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula.

¹⁰³ Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *op. cit.*, p. 161.

Outra hipótese, cada vez mais comum, é aquela em que o veículo é diretamente interessado no anúncio, seja porque o serviço ou produto anunciado é por ele controlado, seja porque recebe comissão proporcional à adesão dos consumidores, seja ainda por se tratar de anúncio de empresa que integra seu grupo empresarial. Em todos esses casos, o veículo já não é responsabilizado como simples transmissor da informação de outrem, mas como genuíno anunciante, que de fato passou a ser. Ao analisar litígio envolvendo concurso televisivo ("Show do Milhão"), que trazia promessa de recompensa com critérios que poderiam prejudicar os participantes, o STJ posicionou-se expressamente nesse sentido: "A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor."¹⁰⁴

Importa ainda destacar que, no terreno do *marketing*, as relações entre fornecedores operam, comumente, em sistema de "rede" (*network*), em que o impulso ou energia de um acaba por beneficiar o outro, e vice-versa. Assim, por exemplo, entre fabricantes de marca e seus distribuidores, mesmo que não autorizados. Mais patente ainda é o feixe de relações existentes entre o titular da marca e suas cadeias de varejistas contratualmente estruturadas. Aqui, não há qualquer dúvida no que se refere à responsabilidade do fabricante pelos atos praticados por seus concessionários (e vice-versa), quando estes agem sob bases publicitárias oriundas daquele. Esta é a orientação do STJ: "Constado pelo Eg. Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto do contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. Diante da declaração de falência da concessionária, a

¹⁰⁴ STJ _ 4ª T _ REsp 436.135/SP - rel. min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 17.6.2003 - v.u.

responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.”¹⁰⁵

Finalmente, como fica a posição de celebridade que “endossa” produtos e serviços?¹⁰⁶ Cabe sua responsabilização, evidentemente, com maior razão ainda quando recebe porcentagem das vendas realizadas.

[3] A ENGANOSIDADE - Se houver enganabilidade, aplica-se, ainda, independentemente da repressão administrativa, as sanções penais dos arts. 66 e 67 do Código, assim como as do art. 7º, VII, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Como já alertamos, é bom ressaltar que o princípio da vinculação não é afastado ou mitigado por informações contraditórias¹⁰⁷ ou divulgadas *a latere* do anúncio, ou, ainda, “colocadas à disposição dos consumidores” pelo fornecedor em documento complementar ao anúncio, como anexos, contratos por adesão ou regulamentos. Se a informação refere-se a “dato essencial” (art. 37, § 3º), capaz de onerar o consumidor ou limitar seus direitos, deve acompanhar o próprio anúncio, nele integrada de forma clara, precisa e ostensiva (art. 31). Do contrário, caracterizada está a publicidade enganosa por omissão, sem prejuízo da aplicação das modalidades de cumprimento forçado referidas no art. 35.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão exemplar do des. Araken de Assis, já teve oportunidade de examinar a matéria, obrigando a entrega de bem (automóvel Twingo) que a consumidora ganhara em bingo promovido pelo Esporte Clube Guarani. O anunciante alegava que, segundo o regulamento do sorteio, havendo mais de um ganhador, deveria ser realizada “rodada especial” entre eles,

¹⁰⁵ STJ – 3ª T. - REsp 363.939/MG - rel. min. Nancy Andrighi - j. 4.6.2002 - v.u.

¹⁰⁶ No tema da publicidade por celebridades, cf. o magnífico e exaustivo estudo de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁰⁷ Nesse caso, adota-se a informação mais favorável ao consumidor.

hipótese negada pelo relator, notável jurista gaúcho, sob o argumento de que: “A publicidade do sorteio, que atraiu uma multidão, nenhuma ressalva faz à possibilidade de vários ganhadores. E isto é o que importa, a denotar que o réu se obrigou nos termos da publicidade.” E continua o acórdão:

à publicidade caberia assinalar que haveria contemplação do veículo para um ou mais cartões. Sem tal ressalva, o anúncio obrigou a promotora do sorteio perante todos os contemplados, a teor do art. 35, I, da Lei nº 8.078/90.¹⁰⁸

[4] RECUSA DE CUMPRIMENTO SOB O ARGUMENTO DE EQUÍVOCO NO ANÚNCIO - No contexto moderno do princípio da vinculação publicitária, cabe a pergunta: pode-se falar em “erro” em anúncio veiculado em desconformidade com o querer do anunciante, seja por falha imputada a terceiros (o veículo ou a agência, por exemplo) ou a ele próprio?

Numa análise que prime pelo rigor científico, a resposta é negativa, pois não é de “erro” - no sentido técnico que lhe empresta o Direito - que se cuida aqui; no máximo, admite-se que a expressão seja utilizada em seu sentido vulgar, sem a repercussão jurídica normal que desencadeia em várias disciplinas jurídicas, como, por exemplo, no Direito Civil e Comercial. Estamos diante, em verdade, de hipótese de “equivoco”, conceito que não se confunde com o de erro, não se prestando, por isso mesmo, para exonerar o anunciante.

No caso do anúncio em desarmonia com o querer do anunciante, não se trata de equívoco sobre o bem, mas de equívoco em anúncio sobre o bem. A fratura, pois, não está no bem em si considerado ou na percepção que o anunciante dele tem, mas na maneira e no momento em que ele expõe sua percepção pela via publicitária. Não há equívoco quanto à essência do bem, mas quanto à comunicação que sobre

¹⁰⁸ TJRS-5ªCâm. Cível-Ap. Cível nº 596.088.997-rel. des. Araken de Assis- j. 29.8.96.

ele é feita, a custo e risco do anunciante. *E isso, decididamente, não é erro já que este deve estar diretamente relacionado com o bem e suas características e não com o discurso sobre seus atributos.* Inexistindo, pois, fragmentação material, mas simplesmente formal, incabível a invocação de erro.

Coube a Adalberto Pasqualotto, com sua habitual precisão dogmática e forte apoio na moderna Teoria Geral do Direito Privado, socialmente orientada, traçar, de modo inovador, as linhas fundamentais que, nesse ponto, regem a oferta ao público:

a publicidade é *contato social de consumo*, fonte de obrigações autônomas, da mesma categoria dos atos existenciais ou das condutas sociais típicas, produzindo, contudo, os mesmos efeitos dos atos negociais. Em decorrência, não se aplica à publicidade a disciplina própria dos atos jurídicos, inclusive o erro. Se o fato publicitário não depende da vontade para produzir efeitos, são irrelevantes os vícios que possam afetar a vontade de sua produção¹⁰⁹ (grifado no original).

Fortes argumentos há, por conseguinte, para negar ao equívoco - do anunciante, da agência ou do veículo - o poder de eximir a responsabilidade do fornecedor,¹¹⁰ afastando a aplicação do princípio da vinculação da mensagem publicitária. Aliás, essa solução não discrepa do saber contratual tradicional, principalmente em se tratando de proposta telegraficamente transmitida. Os fundamentos para tal são que o primeiro a utilizar o telégrafo deve arcar com os riscos a ele inerentes, que o telégrafo é representante do policitante ou que essa regra melhor atende aos interesses do mercado. Em outras palavras, o normal é que a oferta é

¹⁰⁹ Adalberto Pasqualotto, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁰ Aqui levamos em conta, preponderantemente, o sistema do CDC brasileiro, embora tendência semelhante seja observável e defendida no Direito Comparado.

válida como transmitida, exceto quando seu destinatário sabe ou razoavelmente deveria saber que se tratava de equívoco.¹¹¹

[4.1] A FONTE DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL É A DECLARAÇÃO PUBLICITÁRIA, E NÃO A VONTADE PUBLICITÁRIA - Na publicidade, pelo menos no sistema brasileiro, não é a vontade real do anunciante a fonte da obrigação contratual, mas o anúncio em si, ou seja, a declaração, tal qual explicitada.

Tanto assim que se o fornecedor anunciar o produto ou serviço sem qualquer vontade de vendê-lo (*bait and switch*), interessado somente em atrair o consumidor ao seu estabelecimento e fazê-lo adquirir outro bem diverso daquele anunciado, caracterizada está a obrigação de cumprir aquilo que foi objeto do anúncio. Este - e não a vontade íntima - está na base da responsabilização do anunciante. Importa, pois, o que o anúncio de fato diz e não o que o anunciante de fato quis com ele dizer.

Bem se vê, por conseguinte, que, uma vez veiculado o anúncio, incabível é a discussão sobre eventual consentimento do anunciante. O consentimento deste manifesta-se e passa a operar no instante em que decide usar a via publicitária: “desejou o fornecedor, realmente, anunciar, incorrendo em seus riscos?”, eis a questão a ser posta.

Como muito bem já se disse, no CDC houve

uma redução do papel e da importância do elemento voluntarista na formação dos contratos, concentrando-se a proteção jurídica nos efeitos do contrato na sociedade. Esta mudança de enfoque acarretou consequências no tratamento dado ao erro. Assim, para resolver o problema da divergência entre vontade e declaração, na oferta e nos contratos de consumo, a teoria que melhor se coaduna com

¹¹¹ John D. Calamari e Joseph M. Perillo, *Contracts*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1977, p. 87.

o movimento de objetivação dos contratos é a teoria da confiança.¹¹²

É no momento da decisão de anunciar - aí, sim, passível de análise de adequação do consentimento - que, implicitamente, aceita o anunciante realizar tal atividade, assumindo seus benefícios (maior volume de vendas) e ônus (vinculação imediata). Ora, sem consentimento a perquirir - pois ele opera em momento anterior à veiculação - inútil é qualquer debate sobre eventual "erro", já após a emissão da declaração. Isso em decorrência de o erro, comumente, incidir na fase da formação do consentimento, não no momento de sua declaração.

Assim é porque "a teoria da confiança confere supremacia à declaração sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade",¹¹³ mais ainda quando uma das partes - aquela que confiou - é particularmente vulnerável, como o consumidor.

O *marketing* é mesmo o território próprio de aplicação da teoria da confiança, pela qual, segundo a melhor doutrina, "se pretende tutelar o comportamento correto, a confiança depositada pelas partes na seriedade do negócio proposto sob a tutela da boa-fé, vale dizer, o respeito pela palavra dada".¹¹⁴

[4.2] A PUBLICIDADE É NEGÓCIO JURÍDICO UNIDIRECIONAL, DESTITUÍDO DE QUALQUER NEGOCIAÇÃO E SOB CONTROLE EXCLUSIVO DO ANUNCIANTE - Na mensagem publicitária não há qualquer fase de negociação; o anúncio é uma peça absolutamente unilateral (*one-sided message*). Ora, inexistindo negociação, fica o consumidor completamente à mercê do anunciante, que lhe propõe, mediante

¹¹² Silvío Luis Ferreira da Rocha, "Erro na oferta no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9, jan./mar. 1994, p. 61.

¹¹³ Silvío Luis Ferreira da Rocha, *Erro...*, cit., p. 61.

¹¹⁴ Judith Martins-Costa, "A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística", in *Revista de Direito do Consumidor*, 1992, vol. 4, p. 155.

anúncio, o que quer, quando quer, da forma que quer e com a duração que quer.

Sendo a publicidade *unidirecional*, inexistente qualquer “troca” (= sinalagma) entre o consumidor e o anunciante. Nesse sentido, é ela mais “discurso” do que propriamente “comunicação”, que pressupõe reciprocidade de papéis. Trata-se de uma estipulação unilateral, com poderosíssimo potencial de influência do consumidor.

Por isso mesmo, o anunciante (e só ele!) tem, em suas mãos, todos os mecanismos de controle do anúncio. Aliás, para tal tarefa, contrata e utiliza profissionais (publicitários, por exemplo) e empresas (os veículos, por exemplo) especializados. Em compensação, o consumidor se depara com o “fato publicitário consumado”.

Apenas o anunciante tem os meios (materiais, técnicos e econômicos) para evitar que eventual equívoco no anúncio possa atingir terceiros,¹¹⁵ vindo a causar danos. Pode o próprio anunciante, em querendo, por exemplo, antes de qualquer veiculação de anúncio por ele encomendado, fazer, pessoalmente, uma última conferência, já após a produção do texto (imprensa), filme (televisão) ou gravação (rádio), verificando sua adequação.

[4.3] SE OS BENEFÍCIOS ECONÔMICOS PRINCIPAIS DA PUBLICIDADE SÃO DO ANUNCIANTE, A ASSUNÇÃO DE SEUS RISCOS TAMBÉM COM ELE DEVE FICAR - O proveito econômico *direto* do anúncio é, fundamentalmente, do anunciante. Não se pode, pois, passar ao consumidor-vítima, que não lucra economicamente com a atividade, os

¹¹⁵ Em verdade, o anunciante, como vendedor que é, “tem ao seu comando - cabendo-lhe a escolha - todo um leque de caminhos e combinações de caminhos possíveis para atingir os compradores que ele ou ela está tentando persuadir” (Edward C. Bursk e William Morton, “What is marketing”, in *The dartnell marketing manager's handbook*, edited by Steuart Henderson Britt and Norman F. Guess, Chicago, Dartnell, 1986, p. 35).



riscos a ela inerentes. Seria mais um caso de apropriação unilateral de vantagens e socialização de custos.

Sendo pública a oferta publicitária (opera no plano da comunicação de massa), maiores são seus benefícios para o anunciante, e, paralelamente, maiores também são seus riscos.¹¹⁶ O anunciante, ao optar por ela, explícita ou implicitamente, assume - ou deve assumir - os encargos que acompanham as facilidades. O argumento para tal entendimento, já enunciado pela teoria contratual tradicional, é de que quando um contratante, que bem poderia comunicar-se diretamente com a outra parte,

faz uso de um intermediário que pratica um erro na transmissão dos termos, estes, apesar disso, são vinculantes para aquele que empregou a intermediação", sendo o policitante tratado como tendo feito a oferta na forma em que foi recebida pelo destinatário.¹¹⁷

É, sem tirar nem pôr, o que sucede com a publicidade.

A publicidade tem uma "álea" (exatamente a possibilidade de alguma desconformidade entre aquilo que o anunciante quis dizer e o que, efetivamente, afirma o anúncio), por ela respondendo aquele que economicamente com a atividade mais se beneficia. Cabe, pois, ao anunciante, e não ao consumidor, fazer seguro para cobrir tal álea, se for

¹¹⁶ O "risco é parte integral do *marketing*" (Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., p. 38).

¹¹⁷ Samuel Willston, *The law of contracts*, New York, Baker, Voorhis & CO., 1931, p. 176-177.

o caso.¹¹⁸ Esta, a propósito, é a solução explicitada pelo regulamento do CDC, adotando proposta minha.¹¹⁹

Corretíssimo, nesse aspecto, Michael R. Will:

O vendedor serve-se dos sistemas modernos de distribuição e de comunicação, obtendo o seu lucro a partir deles. Por que razão não haveria de suportar as consequências, aceitando que o vínculo jurídico se forma no momento em que o essencial foi dito?¹²⁰

Aqui e de resto, na legislação de vários países destinada a proteger o consumidor, como é o caso do CDC brasileiro, o legislador alterou radicalmente o regime de distribuição dos riscos nos negócios de consumo.¹²¹

A publicidade tem um custo direto e claro, repassado ao consumidor do produto ou serviço, computado que é no preço final que vem a pagar. É importante, ademais, que seus custos indiretos - verdadeiros custos sociais não agregados, decorrentes dos "equívocos" e má qualidade dos anúncios do fornecedor - sejam *internalizados* (= refletidos) também no preço dos bens objeto de publicidade. Assim, os

¹¹⁸ Tal modalidade de seguro é comum nos países mais avançados. O casamento entre os dois instrumentos era mesmo inevitável. "Tanto a publicidade como o seguro são elementos comuns da vida moderna. Empresas de todo porte e tipo precisam anunciar seus produtos e serviços para competir no mercado. Na medida em que, nessa fúria da atividade publicitária, litígios certamente aparecerão, as empresas procuram proteger-se de eventual responsabilização contratando seguro" (Terri D. Keville, "Advertising injury coverage: an overview", in *Southern California law review*, 1992, vol. 65, p. 919).

¹¹⁹ É considerada prática infrativa "deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ressalvada a incorreção retificada em tempo hábil ou exclusivamente atribuível ao veículo de comunicação, *sem prejuízo, inclusive nessas duas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto*" (Decreto nº 2.181, de 20.3.97, art. 13, inc. VI, grifo nosso).

¹²⁰ Michael R. Will, *A mensagem publicitária na formação do contrato*, in Antônio J. M. Pinto Monteiro (coord.), *Comunicação e defesa do consumidor*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1996, p. 270.

¹²¹ Alcides Tomasetti Jr., "O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo", in *Revista de Direito do Consumidor*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor /Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial - 1992, *O controle da publicidade*, p. 61.



produtos e serviços do mau ou descuidado anunciante necessariamente terminarão por custar mais caro do que os do seu concorrente que utilize formas publicitárias menos arriscadas ou agressivas e procedimentos mais cuidadosos.

É o mesmo argumento aplicável, como justificativa econômica, à democratização dos custos sociais dos produtos e serviços perigosos: por meio dos preços, os custos sociais negativos são pulverizados entre todos os consumidores. Uns poucos consumidores pessoalmente lesados não podem arcar, solitariamente, com custos que, em verdade, são de toda a sociedade e só através da previsão de responsabilidade integral do anunciante - com o conseqüente repasse ao sistema de preços - podem ser socializados em sua globalidade.

Daí a afirmação de que uma resposta racional a algo difuso como a publicidade exige garantias jurídicas que precisam ir além dos modelos estreitos do Direito Privado clássico.¹²² A vinculação publicitária é “um novo risco profissional”, vale dizer, “atuação a qual a lei impõe deveres especiais (através de norma de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual”.¹²³

[4.4] A TEORIA DO ERRO TEM APLICAÇÃO REDUZIDA NO DIREITO DO CONSUMIDOR - Nos negócios jurídicos de consumo, a teoria do erro tem aplicação maior (ou exclusiva) no pólo do sujeito-comprador (o consumidor, que é a parte vulnerável): é ele quem desconhece o bem, é ele quem o recebe em confiança, é ele o profano na relação jurídica.

Diferentemente, o anunciante assume a posição do vendedor: conhece o bem, suas características (inclusive preço), os veículos e

¹²² Guido Alpa, Mano Bessone e Enzo Roppo, “Una política del diritto per la pubblicità commerciale”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno LXXII (1974), parte prima, p. 304.

¹²³ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 226 e 228.

agências com quem contrata, as regras do mercado e o Direito aplicável à espécie; é o profissional na relação.

Para que possa anunciar (oferta pública, com riscos maiores, já vimos), o mínimo que do fornecedor se exige é que tenha ampla familiaridade, intimidade mesmo, com seu produto ou serviço, assim como com o modo de operação e viabilização da publicidade, inclusive as suas possíveis falhas normais.

Mas mesmo que, em tese, o Direito do Consumidor admitisse a bipolaridade da teoria do erro, no caso da publicidade o erro não seria escusável, pois significa um rompimento de um dever profissional (risco profissional), isto é, de uma obrigação de especialista a cargo do anunciante.

[4.5] NO REGIME GERAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR, O EQUÍVOCO INOCENTE NÃO EXIME A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR - Normalmente, confrontado com um anúncio que diz mais ou menos do que aquilo que pretendia, a primeira reação do anunciante é dizer: "Não foi culpa minha." Essa também é a ação, quase instintiva, do fabricante quando se depara com um consumidor vitimado por defeito no produto que adquiriu: "Não tive qualquer culpa." Ora, é sabido que uma das mais importantes modificações trazidas pelo Direito do Consumidor foi exatamente o afastamento da responsabilidade civil subjetiva. Assim em matéria de acidentes de consumo; assim também em tema de publicidade. O sistema, guardadas as devidas proporções, é o mesmo do *gol-contra* em partida de futebol. Descabe perguntar se o jogador quis ou não lançar a bola contra seu goleiro. Inocente ou não, ponto para o adversário.

Afirma-se, com propriedade, que, em matérias como a proteção do consumidor e do ambiente, os elementos subjetivos

tendem a desaparecer, do ponto de vista da relevância jurídica conferida neste tipo especial de relação, acentuando-se, em contrapartida, a objetividade da conduta, isto é, o concreto conjunto de circunstâncias em que a oferta foi procedida e também a concreta expectativa que gerou, aos destinatários, acerca de seu fiel cumprimento.¹²⁴

Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o Direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil.¹²⁵ Em outras palavras, “a publicidade será exigível ainda que sua inexatidão não se deva à culpa ou dolo do anunciante”.¹²⁶

Visível, então, que nos regimes jurídicos modernos de proteção do consumidor, como o CDC brasileiro, o equívoco inocente (= não culposos) não exclui a responsabilidade civil do fornecedor. Assim, por exemplo, se o fabricante se equivoca com uma fórmula ou *design* e lança seu produto no mercado com uma desconformidade (de todo indesejada por ele), ainda assim é responsabilizado,¹²⁷ havendo dano.

Ora, não seria apenas no plano da publicidade desses mesmos produtos (e serviços) que eventual equívoco inocente o livraria da responsabilidade decorrente do princípio da vinculação. A desconformidade da publicidade é em tudo igual àquela pertinente à qualidade ou quantidade dos bens de consumo. Naquela, há uma falha, totalmente imputável ao anunciante e a seus agentes (agência e veículo),

¹²⁴ Judith Martins-Costa, *A incidência...*, cit., p. 162.

¹²⁵ Miguel Pasquau Liano, *Comentários a la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, coordenação de Rodrigo Bercovitz e Javier Salas, Madrid, Civitas, 1992, p. 166.

¹²⁶ Miguel Pasquau Liano, *Comentários...*, cit., p. 169.

¹²⁷ Cf., v.g., os arts. 12, 14, 18 e 23, do CDC.

por inteiro equiparável a um defeito no processo de fabricação do produto ou prestação do serviço, só que concretizado em outro nível, o da comercialização. Aliás, na sociedade de consumo, o anúncio, porque integra a corrente de produção e comercialização de bens, há de se ajustar ao mesmo regime (entenda-se, *responsabilidade civil objetiva*) que norteia estes dois momentos do mercado de massa.

Realmente, trazendo a publicidade riscos dessa magnitude, a tendência, como já cristalizada na área dos acidentes de consumo, é impor à parte forte - no caso o anunciante - a responsabilidade por eventuais falhas no sistema que tão bem serve seus objetivos de ampliação de clientela. O fornecedor, aqui, como sucede com os produtos e serviços com vício de qualidade por insegurança, é quem está na melhor posição de detectar, corrigir e prevenir as tais desconformidades. Em adição, sua eventual responsabilização pelo equívoco publicitário inocente cria um incentivo no sentido de melhorar suas rotinas administrativas e operacionais, eliminando os riscos envolvidos, mediante um sistema adequado de controle de qualidade. Finalmente, já observamos, é mesmo o anunciante quem tem condições de espalhar (= democratizar) os custos dos danos sofridos, seja contratando seguro, seja sendo obrigado a reajustar o preço dos bens publicitados.¹²⁸

Finalmente, não custa recordar, a tendência no Direito do Consumidor é pela adoção do *princípio da reparação integral*.¹²⁹ Não seria a publicidade - exceto se o legislador assim o dissesse expressamente - uma exceção à regra geral. A norma, pois, em matéria publicitária, é a mesma aplicável ao sistema geral protetório do consumidor: causado

¹²⁸ Wayne K. Lewis, "Toward a theory of strict 'claim' liability: warranty relief for advertising representations", in *Ohio State Law Journal*, 1986, vol. 47, p. 694.

¹²⁹ Cf., por exemplo, o art. 6º, incs. VI e VTI, do CDC.

gravame, cabe o dever de reparar *in totum*, inclusive pelos danos morais sofridos.¹³⁰

[4.6] SÓ O ANUNCIANTE TEM OS MEIOS CONTRATUAIS PARA ACIONAR A AGÊNCIA E O VEÍCULO - Vimos que, como regra, a responsabilidade civil decorrente da aplicação do princípio da vinculação publicitária fica a cargo do anunciante. É o que se extrai dos arts. 30 e 35, do CDC.

Ora, tal limitação da legitimação passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais,¹³¹ a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de eximir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo.

Se a desconformidade no anúncio decorrer de falha da agência ou do veículo, só o anunciante, e não o consumidor, dispõe dos recursos - inclusive contratuais - para evitá-los, controlá-los e cobrá-los. A escolha e contratação da agência e do veículo é efetuada pelo próprio anunciante e só por ele. É ele quem os paga, os repreende e, eventualmente, por rompimento contratual, os aciona.

O consumidor, em todo o processo publicitário, é a parte vulnerável e contratualmente alheia ao anúncio. Mesmo que o anunciante, como determina o CDC, seja obrigado a reparar danos causados aos consumidores por atividades de seus contratados, tem ele, e só ele,

¹³⁰ CDC, art. 6º, VII.

¹³¹ O art. 30 do CDC exclui a responsabilidade civil da agência e do veículo porque se cuida de hipótese *objetiva* de responsabilização. Contudo, este e aquela, se agirem com culpa, estarão igualmente obrigados a indenizar o consumidor lesado, em pé de igualdade com o anunciante.

aberta a porta do direito de regresso. Esta é, inclusive, a regra expressa do Decreto nº 2.181, de 20.3.97, que regulamentou o CDC.¹³²

[4.7] LIBERALIDADES EM MATÉRIA DE PREÇO, PRINCIPALMENTE EM ECONOMIAS INFLACIONÁRIAS, SÃO COMUNS NO MERCADO - Tratando-se de preço, os equívocos para menos dos anúncios são, normalmente, entendidos pelos consumidores como meras liberalidades dos anunciantes, que, embora perdendo neste ou naquele produto ou serviço, ganham com o aumento da visitação de seu estabelecimento ou a associação de sua imagem com preços baixos, promoções e liquidações.

Todos nós sabemos (somos também consumidores) que, no dia-a-dia do mercado, o consumidor, nesta matéria, não tem uma irresistível vocação para atuar de má-fé: por isso mesmo cabe ao fornecedor dela fazer prova cabal. Quando, por força de um anúncio equivocado que o atingiu, procura (quase sempre em grande número) o estabelecimento do anunciante, o consumidor assim o faz porque, de fato, acreditou no conteúdo da veiculação.

Tal tendência é exacerbada em períodos de inflação alta, em que o consumidor perde (mas não o fornecedor), por inteiro, noção do valor da moeda e da razoabilidade das políticas de descontos e promoções. O surto inflacionário desorienta muito mais o consumidor do que o fornecedor, em particular quando se trata de produto ou serviço de aquisição esporádica. A tática das “promoções-relâmpagos”, até mais comuns em períodos de inflação descontrolada, “conduz a uma espécie de ‘atordoamento’ do consumidor, que já não sabe mais qual é o valor ‘real’ dos produtos, e, por consequência, já não consegue avaliar o que é ‘caro’ e o que é ‘barato.’”¹³³

¹³² Art. 13, inc. VI.

¹³³ Judith Martins-Costa, *A incidência...* cit., p. 159-160.

[5] IRRETRATABILIDADE DA OFERTA PUBLICITÁRIA - Já vimos que o anunciante não pode recusar cumprimento à oferta publicitária, mesmo que, posteriormente à sua divulgação, observe “erro”, atribuível a si próprio ou a terceiro que atue em seu nome.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, em acórdão, verdadeiro *leading case*, da lavra do min. Ruy Rosado de Aguiar, que:

A fornecedora de refrigerante que lança no mercado *campanha publicitária* sob forma de concurso com tampinhas premiadas não se libera de sua obrigação ao fundamento de que a numeração é ilegível. O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora - que se beneficia com a publicidade - exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa.¹³⁴

Se lhe é ilícito recusar o cumprimento da oferta publicitária, poderia, então, o anunciante revogá-la?

Segundo Adalberto Pasqualotto, já vimos, a oferta publicitária é “contato social de consumo”, que não aceita a disciplina própria dos atos jurídicos. Independentemente o fato publicitário “da vontade para produzir efeitos”,¹³⁵ é juridicamente irrelevante qualquer atuação *posterior* do polícitante publicitário no sentido de limitar, reorganizar ou extinguir os resultados vinculantes do seu discurso, eficazes a partir do momento em que se deu a exteriorização (*rectius*, “exposição”, consoante o art. 29 do CDC). Numa palavra, a oferta publicitária é “irretratável”, o que determina a “inviabilidade de arrependimento”.¹³⁶

¹³⁴ STJ – 4ª T. - REsp 396.943/RJ - rel. min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 2.5.2002 - v.u. (grifo nosso).

¹³⁵ Adalberto Pasqualotto, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁶ Thereza Alvim, *op. cit.*, p. 190 e 200.

Irretratável, uma vez feita, mas não ilimitável, pois o anunciante tem todo o poder (e direito) para limitar a eficácia temporal, quantitativa e geográfica do anúncio, desde que o faça *antes* da sua veiculação. Pretender fazê-lo *após* a exposição do consumidor é expulsar, pela porta dos fundos, o princípio da vinculação da oferta, pedra angular do sistema do CDC.

O CDC não trouxe regra expressa sobre a revogação da oferta publicitária; tampouco existia, no Código Civil de 1916, tratamento para o tema, já que ausente qualquer referência à oferta ao público.

Inovando nesse ponto, o novo Código Civil dispõe que: “Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada” (art. 429, parágrafo único).

Já ressaltamos, por ocasião dos comentários ao art. 30, que o Código Civil, no que concerne à oferta publicitária (= oferta ao público), não incide sobre as relações de consumo. Rizzatto Nunes lembra, de modo feliz, que “a mais relevante observação que se deve aqui fazer é a chamada de atenção para que não se confunda o Instituto jurídico da oferta do direito privado com esse de oferta”, instituído pelos arts. 30 e 35 do CDC.¹³⁷

Anteriormente também alertamos que o poder de revogação amplia, de modo inaceitável numa sociedade de consumo que se queira justa, a já gritante vulnerabilidade do consumidor no ambiente da publicidade. A admi-ti-la, ficará o oblato (= consumidor) na permanente incerteza sobre a manutenção do anúncio que, como desejava o anunciante, certamente despertou sua atenção e determinou sua decisão de compra. Viola o bom senso admitir que o consumidor fique, de forma inexorável, numa situação de insegurança, sempre que for exposto a um

¹³⁷ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 365.

anúncio, pois terá de verificar, a cada momento, se a proposta originária está mantida ou não pelo anunciante.

Especificamente no que tange à revogação da oferta ao público, quatro ordens de idéias impedem a aplicação do parágrafo único do art. 429, do CC, às relações de consumo.

A um, conquanto, ontologicamente, os regimes de oferta no CC e no CDC divergem de modo radical. Aquele, de inspiração subjetivista, estrutura-se em torno da teoria da vontade. Não é à toa que seu art. 112 dispõe que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Em sentido contrário, o CDC privilegia, conjuntamente, as teorias da declaração (= veiculação, art. 30) e da confiança (= expectativa legítima dos consumidores).

A dois, na medida em que diverge a divisão de riscos no CC e no CDC, aceitando aquele a responsabilidade civil objetiva somente em linha de exceção (arts. 186 e 927), enquanto este, ao revés, abriga a responsabilidade subjetiva só de forma extraordinária (por exemplo, o art. 14, § 4º, no campo dos serviços prestados por profissionais liberais). Rizzatto Nunes resume, com rigor, a matéria: “se o fornecedor quiser voltar atrás na oferta não poderá fazê-lo, até porque, como de resto decorre da estrutura do CDC, a oferta tem caráter objetivo”.¹³⁸

A três, como decorrência inevitável do paradigma ético-social que orienta as duas legislações; numa (o CC), o paradigma é, por princípio, o da relação entre iguais; na outra (o CDC), o paradigma é o da vulnerabilidade do consumidor, como presunção absoluta (art. 4º, I).

A quatro, já que não pode o legislador - sob pena de violação da regra constitucional de tutela especial do sujeito vulnerável, o

¹³⁸ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *op. cit.*, p. 367.

consumidor - *presumir* que os milhares ou milhões de destinatários de um determinado anúncio sejam, todos eles, atingidos pelo anúncio-revogação. As presunções contra o consumidor são inconstitucionais, pois violam o próprio sentido e fundamento do sistema protetório particular.

Em outras palavras, não foi por descuido ou esquecimento que o legislador do CDC deixou de prever a revogação da oferta publicitária. Assim agiu simplesmente por considerá-la incompatível com os fundamentos, princípios e estrutura filosófica do sistema especial.

Para proteção de seus interesses legítimos, na forma de limitação da eficácia do anúncio, normalmente o anunciante tem à sua disposição pelo menos duas técnicas, ambas inofensivas aos consumidores. De um lado, pode ele reduzir, temporalmente, a validade do anúncio ("oferta válida até..."). Muitos anunciantes deixam de fazê-lo, exatamente para confundir os consumidores, que, levados ao estabelecimento comercial por força de anúncio que viram ou ouviram, são informados, à queima-roupa, que tal oferta já não é mais válida. Por outro lado, o fornecedor ainda pode limitar, quantitativamente, a extensão material do anúncio, atando-o a um número determinado de peças. No entanto, aqui, é prudente observar, são ineficazes afirmações do tipo "enquanto durarem os estoques", já que informação objetiva nenhuma conferem aos consumidores. Ninguém melhor que o próprio fornecedor para conhecer a exata dimensão quantitativa do seu estoque. Tal técnica irregular, em princípio, caracteriza prática abusiva (art. 39) e publicidade enganosa por omissão de "dato essencial" (art. 37, § 3º).

De toda sorte, nas relações que *não* sejam de consumo (por exemplo, anúncio posto em um jornal por um consumidor-proprietário, interessado na venda de seu automóvel de uso pessoal), o ordenamento jurídico brasileiro agora admite a revogação da oferta ao público. Mas,

mesmo nesse campo restrito, alguns requisitos devem estar presentes, nos termos do art. 429, parágrafo único.

De um lado, a revogação (e também a retificação e a modificação) só é válida se fizer uso da “mesma via de divulgação” empregada para o anúncio revogado. O sentido da expressão inclui não apenas o mesmo meio de comunicação, mas também igual horário, página, formato ou destaque. Violaria o princípio geral da boa-fé e a própria função social do contrato (CC, arts. 421 e 422), alicerces do novo paradigma civilístico-contratual, aceitar-se que um anúncio veiculado no horário nobre da televisão ou na primeira página de jornal fosse revogado por uma notinha em programa da madrugada ou em espaço de página interna.

Por outra parte, a faculdade de revogação - e, novamente, da alteração ou retificação - precisa ser ressalvada na própria oferta que se pretende revogar, alterar ou retificar. Sobre esse requisito, cabe salientar, inicialmente, que a menção deve ser clara, precisa e ostensiva, pois, do contrário, desrespeitados estariam os princípios da probidade e boa-fé (CC, art. 422). Demais disso, a revogação, alteração ou retificação é sempre faculdade excepcional. Ou seja, o anunciante que traz, de forma rotineira, em todos os seus anúncios, a menção de que o anúncio pode ser revogado, alterado ou retificado, indica, desde logo, comportamento suspeito, posto que realizado sob bases outras que não a da probidade e boa-fé objetiva, o que pode, ainda, caracterizar indício de publicidade enganosa, por uso de “*bait and switch*” (“anuncio e altero”).

É mister ainda sublinhar que a revogação tem eficácia apenas *ex nunc*, ou seja, ficam inteiramente resguardados os destinatários que, antes da veiculação e conhecimento do anúncio retificativo, aceitaram a oferta ao público, seja por meio de documento (*e-mail*, por exemplo), seja comparecendo pessoalmente ao local indicado no anúncio.

Por derradeiro, ao anunciante cabe, por razões óbvias, o ônus da prova de que o destinatário da mensagem foi, realmente, alertado pelo anúncio retificativo.

Seção III

DA PUBLICIDADE

1. A importância da publicidade

Não há sociedade de consumo sem publicidade.¹³⁹ Como muito acertadamente acentua Guido Alpa, “a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”.¹⁴⁰ Há como que uma indissolubilidade do binômio “sociedade de consumo-publicidade”.

Como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regrado pelo Direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo.

O controle legal manifesta-se nos planos internacional (por exemplo, o regramento da publicidade de tabaco, sob o guarda-chuva inspirador da OMS), regional (por exemplo, no âmbito da União Européia e do Mercosul¹⁴¹) e nacional (por exemplo, o CDC).

Embora Estados e Municípios, nos termos do art. 22, inc. XXIX, não tenham competência para legislar sobre publicidade *per se* (= sobre seu conteúdo), podem regular os *meios*, particularmente os físicos, e a *forma* de veiculação dos anúncios. Assim, por exemplo, é lícito ao

¹³⁹ No tema da publicidade de crédito, cf. o excelente trabalho de Márcio Mello Casado, *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁴⁰ Guido Alpa, *Diritto Privato dei consumi*, Bologna, II Mulino, 1986, p. 123.

¹⁴¹ Especificamente quanto ao Mercosul, cf. Mara Suely Oliveira e Silva Maran, *Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul*, Curitiba, Juruá, 2003.

Município impor restrições à localização de *outdoors* ou painéis eletrônicos, bem como reger a afixação de cartazes na cidade.

Tal competência legislativa do Estado ou Município é maior ainda em estabelecimentos públicos, erguidos em áreas públicas ou operados sob o regime de concessão (estádios, bancas de revista ou veículos de transporte coletivo, por exemplo), ou sujeitos à fiscalização municipal sanitária, ambiental, de segurança ou de proteção às crianças e aos adolescentes. Além disso, nada impede que o Estado e o Município, agora no terreno de seu poder de polícia, imponham, motivadamente, nas licenças que emitem, restrições aos tipos de anúncios admitidos.

2. Dever de informar e publicidade

Não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, isto sim, é uma obrigação de informar positivamente o consumidor, nos termos do art. 31. Só que esta incumbência não precisa ser cumprida mediante mensagens publicitárias (*stricto sensu*).

O Código, portanto, não obriga o fornecedor a anunciar. A publicidade, então, por esse prisma, em não sendo dever, é direito, só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria, não sanciona a carência de publicidade, mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação. Não há no Código, de fato, nenhuma regra que imponha um dever de anunciar, *a priori*, dirigido ao fornecedor. As duas únicas exceções são sempre *a posteriori*: quando o fornecedor toma conhecimento tardio dos riscos do produto ou serviço (art. 10, §§ 1º e 2º) e na hipótese de contrapropaganda (arts. 56, XII, e 60).

Logo, aquele que resolve fazer uso de publicidade traz para si, de imediato, a obrigação de fazê-lo respeitando a principiologia do Código.

E se há comunicação - já que ninguém nega seja a publicidade modalidade desta¹⁴² - a lei estabelece requisitos negativos (publicidade enganosa comissiva) e positivos (publicidade enganosa omissiva) a serem cumpridos.

3. Publicidade e controle

Nenhuma atividade humana está isenta de controle. A publicidade não é exceção à regra. De três formas o fenômeno publicitário pode ser controlado: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.

A grande discussão em torno da matéria nada tem a ver com a idéia de controle em si da publicidade. Ninguém põe em dúvida a necessidade de sua disciplina. A contenda resume-se na escolha do sujeito a quem caberá exercer a tarefa disciplinar.

O controle é mais da publicidade do que propriamente do anúncio. O objetivo maior é o regramento da atividade e não do ato. Este só é atingido à medida que integra aquela. E, acrescente-se, o controle não é exercido de maneira isolada sobre a atividade publicitária. Insere-se em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial.¹⁴³

3.1. O sistema exclusivamente estatal

¹⁴² O caráter de comunicação social da publicidade foi bem analisado por Carlos Alberto Bittar. Segundo o autor, "a publicidade responde, em seu íntimo, a uma necessidade do homem: a de comunicar-se, tornando-se, de outro lado, centro transmissor de idéias. Com efeito, a mensagem através da qual o bem é apresentado ao público vaza-se, não raro, em termos didáticos, acompanhada, pois, de ensinamentos a respeito da matéria" (Carlos Alberto Bittar, *Direito de Autor na obra publicitária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 78).

¹⁴³ Marco Cassottana, "Nuovi sistemi di controllo della pubblicità commerciale", in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno LXXVI (1978), Parte Prima, p. 410.

Uma primeira modalidade de regramento da publicidade é através da intervenção estatal exclusiva. Em outras palavras, só o Estado, e apenas ele, pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las. Nenhuma participação têm, no plano da autodisciplina, os diversos atores publicitários.

3.2. O sistema exclusivamente privado

Em oposição ao modelo exclusivamente estatal, há o exclusivamente privado. Passa-se de um sistema em que apenas o Estado intervém para um outro em que somente os partícipes privados do fenômeno têm voz.¹⁴⁴

Vez ou outra surge e ressurge o argumento de que o Estado não tem nenhum papel legítimo a cumprir no regramento da publicidade. Alega-se, em suporte da tese, que o próprio mercado tem incentivos de sobra para a correção dos desvios acaso surgidos, seja para fazer com que os anunciantes forneçam informações precisas sobre seus produtos e serviços, seja para contestar, pelos seus próprios canais de comunicação publicitária, os anúncios enganosos veiculados pelos seus concorrentes.

E, naqueles raros casos em que tais incentivos mercadológicos venham a se mostrar ineficientes, o próprio consumidor lesado, sem qualquer intervenção do Estado em seu favor, pode fazer uso dos tribunais. Por derradeiro, ainda dentro dessa perspectiva de exclusão do Estado, a auto-regulamentação apresenta-se como uma solução adequada para correção das falhas dos incentivos do mercado no saneamento dos desvios publicitários.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Para uma análise abrangente do sistema auto-regulamentar brasileiro, consulte-se Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia Campos, "O Direito estatutário do CONAR", in *Revista de Direito Civil*, vol. 38, p. 103-157.

¹⁴⁵ Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 663.

Na prática, concepções exclusivistas dessa natureza não têm sido confirmadas. Há sempre um momento em que nem os incentivos do mercado, nem os seus substitutivos privados funcionam, configurando-se, então, a necessidade de intervenção estatal.

Embora se reconhecendo a grande importância da auto-regulamentação publicitária, no plano teórico algumas objeções podem ser ajuntadas contra um método de disciplina inteiramente privado.

Em primeiro lugar, a regra de autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal modalidade de controle.

Ademais, as regras de auto-regulamentação não são normas jurídicas, faltando-lhes, por isso mesmo, a qualidade de generalidade, obrigando somente os aderentes, isto é, opera tão-só no plano normativo interno. Nenhuma relevância externa é conferida às regras de um tal ordenamento.¹⁴⁶

Em terceiro lugar, um tal sistema, em oposição ao estatal, fundado na autoridade - apresenta-se como mera derivação contratual. Sua força vinculante é, portanto, inferior à do modelo público.

Além disso, o controle não se faz pelo ângulo do consumidor, mas agregando-se a preocupações dessa natureza outras que pouco têm a ver com ele, na sua posição de parte vulnerável no mercado, como aquelas relativas à concorrência leal e à moralidade.¹⁴⁷

¹⁴⁶ É certo que alguns autores têm se posicionado em favor da utilização “jurídica” das normas de autodisciplina publicitária: em face de necessidades sociais amplas “constituem-se novas regras, de natureza puramente consuetudinária e que, com o passar dos anos, adquirem maior força, tornando-se exigíveis na esfera jurídica” (Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia Campos, “O Direito estatutário do CONAR”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 38, p. 121).

¹⁴⁷ Para uma análise crítica semelhante, veja-se Marco Cassottana, “Nuovi sistemi di controllo della pubblicità commerciale”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno LXXVI (1978), Parte Prima, p. 411.

3.3. O sistema misto

Da composição entre os dois sistemas solitários, surge um terceiro, misto, que faz da convivência e da competição normativa e implementadora sua principal característica. Despiciendo dizer que esse é o modelo ideal.

Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos auto-regulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária), no Brasil e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário).

Foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor.

4. Publicidade, controle legal e garantias Constitucionais

Antes já salientamos que a publicidade, assim como todo fenômeno humano, em particular as manifestações empresariais, deve ser submetida a controle legal. Não é a proteção do consumidor, todavia, o único ângulo da publicidade que interessa ao Direito. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, pioneiro da matéria no Brasil, “o fenômeno publicidade interessa ao Direito sob múltiplos aspectos, em função do extraordinário alcance de sua ação e da gama de valores com que interfere e por que se espraia”.¹⁴⁸

Como magistralmente assinala Waldírio Bulgarelli,

fenômeno de certa forma ainda recente, haveria de entrar forçosamente nas cogitações dos juristas, na medida em que se tornando o elemento catalisador das técnicas promocionais, ensejou abusos como instrumento de

¹⁴⁸ Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 88.

concorrência desleal (atos desabonadores contra os concorrentes) e como forma enganosa em relação ao consumidor.¹⁴⁹

Não se diga, em tal caso, que qualquer regramento da publicidade afronta o direito de livre manifestação e criação. Não é o direito em si que é regrado, é o seu excesso que se torna objeto da regulamentação. Ademais, a mensagem publicitária, *per se*, não pode ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento. Mostra-se, ao revés, como um momento da atividade econômica produtiva da empresa,¹⁵⁰ e como tal é, expressamente, disciplinada pela Constituição Federal, pelo prisma da proteção ao consumidor (art. 170, V).

É, pois, apropriada a observação de Vidal Serrano Nunes Júnior de que, integrando a publicidade o leque das atividades próprias da ordem econômica - atividades essas regidas pelo art. 170 da Constituição Federal, como vimos -, “excluem-se de seu lastro legitimador os direitos fundamentais”; conseqüentemente,

o eventual caráter artístico não desnatura a *essência econômica* da publicidade comercial, que, enquanto função de venda, tem no mercado de consumo o destinatário de sua atenção. Arredada de sua finalidade econômica, a publicidade comercial sequer chegaria a existir. Assim, eventual criação artística que nela se encontre nada mais é do que mero instrumento da ação publicitária, que objetiva fazer atuar referida finalidade econômica¹⁵¹ (grifo nosso).

Todos os países democráticos do mundo controlam, de uma forma ou de outra, a publicidade. Na Suécia, por exemplo, ainda na lição exemplar de Ulf Bernitz,

¹⁴⁹ Waldírio Bulgarelli, “Publicidade enganosa — aspectos da regulamentação legal”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 24 (58), abr./jun. 1985, p. 89.

¹⁵⁰ Guido Alpa, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵¹ Vidal Serrano Nunes Júnior, *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 161 e 205.

mensagens cujos propósitos sejam puramente comerciais, isto é, aquelas que se destinam somente à promoção da comercialização de produtos, serviços ou qualquer outra coisa de valor, colocam-se fora da Constituição e submetem-se ao *Marketing Practices Act*'.¹⁵²

O controle justifica-se, ademais, pelo reconhecimento de que a informação que é dada pelo anunciante é um mero veículo - parcial - por ele utilizado para incentivar os consumidores a adquirirem seus produtos e serviços. Não se deve, pois, esperar dele mais informação que aquela que seja suficiente para alcançar tal objetivo. Ademais, de maneira geral, tampouco se aguarde informação outra que não seja a incompleta, *partisan*, de natureza seletiva.¹⁵³

De uma preocupação eminentemente individualista com a publicidade, priorizando mais o ato que a atividade, o legislador, modernamente, vem passando a exercer um controle social difuso do fenômeno.¹⁵⁴ Ou seja, a publicidade, embora ainda enxergada como mercadologicamente importante, passa a ser igualmente vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos. É em razão dessa nova perspectiva que se torna admissível a postulação - e deferimento - de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva), mesmo quando inexiste qualquer dano individual concretizado e identificado.

5. O conceito de publicidade

¹⁵² Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 126.

¹⁵³ Michael Blakeney & Shenagh Barnes, "Advertising regulation in Austrália. An evaluation", in *Adelaide Law Review*, vol. 8, n° 1, 1982.

¹⁵⁴ Marco Cassottana, "Nuovi sistemi di controllo della pubblicità commerciale", in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno LXXVI (1978), Parte Prima, p. 413.

Publicidade, segundo um grande jurista português, é “toda a informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica”.¹⁵⁵

Assim como sucede com o *marketing*, não é fácil definir publicidade, especialmente em decorrência do “caráter complexo de suas múltiplas funções e das relações mútuas entre elas”.¹⁵⁶ O Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) oferece a seguinte noção: “publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.

Em tal sentido, a publicidade não é uma técnica pessoal, cara a cara, entre o consumidor e o fornecedor. Não se utiliza de comunicação individual. Um conceito mais amplo é possível:

publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.¹⁵⁷

De maneira mais concreta e menos utópica, a publicidade foi definida como

o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Carlos Ferreira Almeida, “Conceito de publicidade”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 349, outubro de 1985, p. 133. Ainda pelo prisma jurídico, consulte-se Gérard Cas, “Définition juridique de la publicité”, in *L’avenir de la publicité et le Droit*. Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier, 1977, p. 27-32.

¹⁵⁶ Dorothy Cohen, *Publicidad comercial*, México, Editorial Diana, 1986, p. 49.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 50.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 110.

De outra forma, define-se publicidade "*comme l'ensemble des procedes techniques destines à attirer l'attention du public, en informant sur un produit, un service ou une action, pour le convaincre de l'acheter, de l'utiliser ou d'y participer*".¹⁵⁹

Dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação.¹⁶⁰ Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico,¹⁶¹ no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*. Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do Direito do Consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade.

Não há dúvida de que a publicidade é uma forma de comunicação social. Mas nem tudo que é comunicação integra o conceito de publicidade.

Fora do campo publicitário, fica então toda a informação científica, política, didática, lúdica ou humanitária, porque alheia à atividade econômica, mesmo quando seja produzida com a intenção de gerar certa convicção nos seus destinatários; simetricamente se excluirá a simples informação descritiva ou estatística relativa à atividade econômica que não surja com uma intenção de promoção em favor de determinados agentes econômicos. Não será portanto publicidade (*hoc sensu*) a propaganda (de idéias), porque não se refere à atividade econômica, nem a publicidade registral, porque lhe falta o propósito retórico.¹⁶²

¹⁵⁹ Jean-Marie Aubry & Robert Ader-Ducos, *Droit de l'information*, Paris, Dalloz, 1982, p. 616.

¹⁶⁰ Francisco Rico-Perez, "Rapport espagnol", in: *La publicité-propagande (journées portugaises de Lisbonne)*. Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, tome XXXII, Paris, Economica, 1983, p. 92.

¹⁶¹ Gérard Cas. "Définition juridique de la publicité", in *L'avenir de la publicité et le Droit*. Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier. 1977, p. 28.

¹⁶² Carlos Ferreira Almeida, *Conceito...*, cit., p. 120, grifos no original.

6. Publicidade x propaganda

Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente no Brasil.¹⁶³ Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial (*"la finalité d'un rendement économique par le recrutement d'un public de consommateurs"*), enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.¹⁶⁴ Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

Já disse Mário A. L. Guerreiro, em prefácio de livro, que

a propaganda é uma atividade voltada para a difusão de uma idéia (a propaganda política é o mais conhecido exemplo), ao passo que a publicidade é uma atividade voltada para a difusão de uma mercadoria específica (publicidade desta marca de cigarro ou daquela marca de sabão em pó).¹⁶⁵

A distinção, aparentemente simples, pode oferecer, após uma análise acurada, aspectos mais complexos. "A *publicidade* de uma mercadoria é sempre a *propaganda* de toda a sua classe, afirmando,

¹⁶³ José Roberto Whitaker Penteado Filho, um renomado publicitário brasileiro, mostrou, em artigo, seu inconformismo com a confusão entre os dois vocábulos. Diz ele que "das dez maiores agências brasileiras, quatro têm 'propaganda' na razão social, cinco utilizam a palavra publicidade' e uma resolveu usar 'comunicações'. A associação de classe é a Associação Brasileira de 'Propaganda'. Mas os profissionais do ramo preferem ser chamados de 'publicitários' e não de propagandistas...". *In Marketing*, nº 179, setembro/88, p. 58.

¹⁶⁴ Jean-Marie Auby & Robert Ader-Ducos, *op. cit.*, p. 617.

¹⁶⁵ Mário A. L. Guerreiro, *apud* Jorge Maranhão, *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas, Papyrus, 1988, p. 12.

ideologicamente, os valores da cultura de massa.”¹⁶⁶ Mas o objetivo de lucro, de vantagem econômica, parece estar na origem da distinção.

A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar um lucro, enquanto a segunda exclui quase sempre a idéia de benefício econômico.¹⁶⁷

Publicidade seria o “conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente”.¹⁶⁸ Já a propaganda é definida como o “conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”.¹⁶⁹

O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão-só, a publicidade.

7. Os diversos tipos de publicidade: institucional e promocional

Conforme o seu *objetivo*, a publicidade pode ser institucional ou promocional.

Na publicidade institucional (ou corporativa) o que se anuncia é a própria empresa e não um produto seu. Seus objetivos são alcançados a mais longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos ou serviços que sequer já são produzidos pela empresa. Em certas ocasiões, especialmente quando a empresa enfrenta problemas de imagem, uma campanha de publicidade institucional pode ser a solução para alterar a forma como o público a enxerga.

¹⁶⁶ Jorge Maranhão, *op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁷ Francisco Rico-Perez, “Rapport...”, *cit.*, p. 92.

¹⁶⁸ Eugênio Malanga, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 11.

Institucional, a rigor, é aquela campanha que se destina a institucionalizar a marca. Aqui não existe a preocupação com a venda do produto em si, não há preocupação de levar o mercado a comprar tantas unidades do produto. A preocupação é com a marca e não com o modelo.¹⁷⁰

De modo diverso, a publicidade promocional (do produto ou serviço) tem um objetivo imediato; seus resultados são esperados a curto prazo. Divide-se em *publicidade para a demanda primária* e *publicidade para a demanda seletiva*. “A primeira anuncia um grupo de produtos e a segunda, uma marca específica do produtor.”¹⁷¹ A publicidade para a demanda primária - ou pioneira¹⁷² - mostra-se particularmente útil quando da introdução de um novo produto no mercado. Assim aconteceu nos primórdios da televisão em que os anunciantes, antes de divulgarem sua própria marca, precisavam firmar aquele tipo de produto no mercado. São exemplos campanhas do tipo “Beba mais leite” ou “Coma chocolate - chocolate é alimento”. De maneira oposta, na publicidade para a demanda seletiva, também conhecida por publicidade competitiva, anuncia-se “o leite Leco, os chocolates Lacta, em detrimento das outras marcas existentes no mercado”.¹⁷³

8. Patrocínio

Uma das marcas da publicidade é que, normalmente, não se manifesta como comunicação espontânea, desvinculada de uma *ratio* comercial.

Vinculada, direta ou indiretamente, a um produto ou serviço (ou, de modo genérico, a uma linha de produtos e serviços, no caso da publicidade institucional), a mensagem publicitária é patrocinada.

¹⁷⁰ Plínio Cabral, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷¹ Dorothy Cohen, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷² J. B. Pinho, *Comunicação em marketing*. Campinas, Papirus, 1988, p. 31.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 31.

Contudo, como adverte Adalberto Pasqualotto, não se deve confundir “patrocínio com pagamento. Este normalmente está presente, mas nem sempre, e mesmo assim haverá publicidade”.¹⁷⁴

A matéria interessa, de perto, no tratamento da responsabilidade civil, penal e administrativa do anunciante e de seus parceiros no *marketing*.

9. Os dois grandes momentos de uma campanha publicitária

A publicidade passa por dois grandes momentos bem distintos. No primeiro deles, é ela gerada. É a sua *criação*. No segundo, é ela materializada. É a sua *produção*. Só após a *geração* e a *produção* a mensagem publicitária é executada.

10. Entendendo a gênese de uma criação publicitária

A criação publicitária tem repercussão jurídica, na medida em que vai interessar para o Direito saber por quem e como foi elaborada a mensagem (enganosa ou abusiva, por exemplo). Essa visão jurídica do fenômeno publicitário, de certa maneira, só pode ser bem assimilada quando o intérprete está familiarizado com alguns conceitos elementares e procedimentos da técnica de criação do anúncio.

A publicidade é um fenômeno complexo, que não se esgota em um único momento. Não seria este o local adequado para sua discussão em profundidade. De qualquer modo, alguma notícia sobre tal problemática é de mister.

10.1. A criação publicitária

¹⁷⁴ Adalberto Pasqualotto, *op. cit.*, p. 20.

A publicidade, como sucede em outras áreas, pode ser criada artesanal ou profissionalmente. Não é daquela que cuidaremos. Falta-lhe a característica do trabalho verdadeiramente coletivo e de colaboração entre o fornecedor e a agência. Sua expressão resume-se a um homem e uns poucos recursos, geralmente o próprio anunciante preparando o seu material publicitário. Mesmo no mercado brasileiro, nos passos do que sucede em países de economia mais avançada,¹⁷⁵ tal tipo de prática publicitária é hoje bastante marginal.

10.2. Análise da criação publicitária

A criação publicitária não é instantânea. Processa-se em etapas que vão do *briefing*, passando por uma reflexão estratégica, chegando, finalmente, à criação propriamente dita.¹⁷⁶

10.2.1. O *briefing*

Através do *briefing*, o anunciante dá à agência os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre suas expectativas. Essa massa de informações pode ser dividida em duas grandes categorias: a) elementos descritivos e explicativos, tanto sobre o produto ou serviço como também sobre seu mercado; b) elementos descritivos do modo de atuação da empresa, dos seus objetivos e estratégias.

O *briefing*, então, serve para permitir que a agência compreenda perfeitamente seu futuro cliente, perceba a integralidade de sua problemática, exprimida claramente ou não, de maneira a lhe dar condições para atender às suas necessidades de modo adequado.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Véronique de Chantérac & Régis Fabre, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*. Paris, Dalloz, 1986, p. 6.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 7.

Nessa fase preliminar, por conseguinte, o fornecedor é o principal ator, já que a ele compete desenvolver e conhecer seus produtos e serviços, estar familiarizado com seu mercado e indicar seus grandes objetivos de comunicação.¹⁷⁸

O cliente deve, em primeiro lugar, dizer o que deseja — e dizê-lo com toda a clareza. Isso chama-se *briefing*, ou seja, um resumo, com indicações precisas do que pretende. O cliente pode passar o *briefing* a um grupo na agência ou, então, ao 'contato', ao elemento que atende sua conta. É a hora da verdade. Nada pode ser omitido. Se houve pesquisa sobre o produto, ela deve ser apresentada à agência, por mais reservada que seja. É nesta fase que o produto é dissecado completamente.¹⁷⁹

Ao término da fase do *briefing*, os holofotes voltam-se para a agência, tendo início o segundo momento da criação publicitária, que poderíamos denominar *reflexão estratégica*.

10.2.2. A reflexão estratégica

A fase da reflexão estratégica processa-se no interior da agência, de maneira coletiva, com a participação de uma equipe *ad hoc*, composta de profissionais com funções diversas.

Nesse trabalho grupal surge uma multiplicidade de idéias que são, posteriormente, estruturadas e desenvolvidas. Após, em um labor crítico, algumas concepções são eliminadas, permanecendo umas poucas que serão objeto de uma recomendação ao cliente. "A escolha feita pelo anunciante fixa a direção em que se efetuará a criação propriamente dita."¹⁸⁰

Concluída a reflexão estratégica, abre-se espaço para a atuação de toda a imaginação do publicitário. É ainda nas vizinhanças

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p.7.

¹⁷⁹ Plínio Cabral, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁰ Véronique de Chantérac & Régis Fabre, *op. cit.*, p. 8.

dessa fase que se elabora o plano de mídia, que considera o universo de consumidores a ser atingido e o próprio orçamento disponível.

10.2.3. A criação propriamente dita

O momento da criação é o que dá os contornos finais à publicidade. Aqui se exerce, em todo o seu potencial, a criatividade publicitária.

Não se imagine que a criação publicitária é um exercício absolutamente livre: depende ela sempre do que se busca com o anúncio. Logo, há um tanto de exagero na exaltação da expressão mágica *liberdade de criação*. Aliás, já se perguntou se, em tal matéria, é possível, realmente, falar-se em criação, uma vez que o exercício é todo guiado pelas instruções do anunciante e da agência, limitando-se o profissional a um papel de execução.¹⁸¹

11. Da criação à produção

Terminada a fase da criação, tem início a da produção.

A produção da criação publicitária depende do tipo de comunicação a ser utilizado, ora um filme, ora uma publicação em uma revista ou jornal. "Produção do anúncio é a fase que se inicia com seu desenho e termina no clichê, fotolito ou rotofilme."¹⁸²

Após a produção, o anúncio já se apresenta como corpo e espírito. A partir daí tem início, uma vez dado o sinal verde do anunciante, a execução da campanha.

12. A necessidade de um novo tratamento jurídico para a publicidade brasileira

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 11. Vale citar as discordâncias do festejado Calo A. Domingues: "Acho que se pode falar em *criação*, sim senhor, pois há anos-luz de distância entre o *briefing* e a campanha desenvolvida."

¹⁸² Eugênio Malanga, *op. cit.*, p. 54.

Não é necessário grande esforço para que se chegue à conclusão de que o controle da publicidade no Brasil - antes do Código de Defesa do Consumidor - era insatisfatório. Não se pense, porém, que o controle legal visa a eliminar a publicidade¹⁸³ - como verdadeiro estímulo às necessidades e promoção da demanda - mas, tão-somente, a conter seus abusos. E a sua regulamentação faz-se no âmbito do contexto mais amplo do controle da empresa, notadamente com base no art. 170, V, da Constituição Federal.

A precisão e o caráter técnico do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, assim como a boa vontade e esforço dos seus implementadores, não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores. Daí ter o Código de Defesa do Consumidor buscado um sistema misto de controle, conjugando auto-regulamentação e participação da administração e do Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV). Logo, nenhum ato ou atividade que provoque ou seja capaz de provocar danos a alguém - nem mesmo a publicidade - pode ser excluído de apreciação judicial.

Especialmente na sua fase madura, em que deixa de ser instrumento de mera informação para se transformar em instrumento de persuasão - como verdadeiro estímulo às necessidades e promoção da demanda¹⁸⁴ -, a publicidade tem que ser controlada pelo Direito.

13. A situação anterior ao Código de Defesa do Consumidor

¹⁸³ Guido Alpa, *op. cit.*, p. 126.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 124.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que se poderia imaginar, tem, aqui e ali, regrado a publicidade.¹⁸⁵ Faltava-lhe, contudo, uma proibição, expressa e geral, da comunicação publicitária enganosa e abusiva. É verdade que o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária cuida de ambas, além de outras condutas que reputa inadequadas. Mas não basta. Esse é, então, o grande avanço do Código de Defesa do Consumidor nessa matéria: apresentar um regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva, dando-lhe, ademais, capacidade de vinculação contratual.

Diversos aspectos da publicidade têm merecido a atenção do Direito brasileiro. Tal regulamentação, contudo, faz-se de maneira fragmentária, ora se atentando para os aspectos de tutela da obra publicitária, ora com os olhos voltados para o resguardo da imagem da pessoa, ora se buscando garantir a concorrência leal entre os sujeitos ativos do mercado, ora se almejando proteger o consumidor. Em resumo, “inexiste uma sistematização: somente certos aspectos têm recebido regulamentação legal e sob premissas diversas”.¹⁸⁶

Essa era, pois, a situação do regramento da publicidade antes do Código de Defesa do Consumidor. O ordenamento anterior não carecia, pois, por inteiro, de normas de controle do discurso publicitário. Faltava-lhe, todavia, uma estrutura sistemática.

A própria Constituição já diz que “compete à lei federal”, entre outras matérias, “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (art. 220, § 3º, II). Acrescenta que

¹⁸⁵ Para uma exaustiva análise da situação anterior ao CDC, cf. Adalberto Pasqualotto, *op. cit.*, p. 73-76.

¹⁸⁶ Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 90.

a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inc. II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, § 4º).

Por sua vez, o art. 22 dispõe que “compete privativamente à União legislar sobre: XXIX - propaganda comercial”. Estabelece, entretanto, que “lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (art. 22, parágrafo único).

Mesmo antes do Código, inúmeros diplomas já dispunham, com maior ou menor abrangência, sobre a publicidade, bastando citar a Lei nº 6.001 /73 (Estatuto do índio), a Lei nº 4.680/65, o Decreto nº 57.960/66 e, já no âmbito da auto-regulamentação, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, de 1978. No que tange especificamente à proteção do consumidor, vale mencionar a Lei nº 4.728/65, a Lei nº 5.768/71 e a Lei nº 6.463/77 (que traça normas para a divulgação de preços dos bens e serviços). Na área penal, há o próprio Código Penal, com as figuras do charlatanismo (art. 283), a Lei das Contravenções Penais, com a perturbação do sossego alheio (art. 42) e com o anúncio de meio abortivo (art. 20), e a Lei de Economia Popular, com o crime de veiculação de informação falsa no mercado financeiro (art. 3º, VII).

Mais recentemente, a Lei nº 7.802/89, que traça normas para a produção e comercialização dos agrotóxicos, estabeleceu:

A propaganda comercial de agrotóxicos, componentes e afins, em qualquer meio de comunicação, conterá, obrigatoriamente, clara advertência sobre os riscos do produto à saúde dos homens, animais e ao meio ambiente, e observará o seguinte: I - estimulará os compradores e usuários a ler atentamente o rótulo e, se for o caso, o folheto, ou a pedir que alguém os leia para eles, se não souberem ler; II - não conterá nenhuma representação visual de práticas potencialmente perigosas, tais como a manipulação ou aplicação sem equipamento protetor, o uso

em proximidade de alimentos ou em presença de crianças;
III - obedecerá ao disposto no inc. II do § 2º do art. 7º desta Lei (art. 8º).

Note-se que o novo regramento do CDC não exclui o preexistente, sempre que haja compatibilidade com os princípios gerais que orientam o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O novo Código Civil, já vimos, cuidou, de forma imperfeita, da oferta publicitária - que denominou "oferta ao público" - no art. 429.

14. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

O Código não se limitou ao regramento das relações *contratuais* de consumo. A proteção do consumidor tem início em momento anterior ao da realização do contrato de consumo. O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas a contratual. Ela surge, igualmente, por meio das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em *expectativa de consumo*. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção no Código.

Não podia o legislador, evidentemente, olvidar-se de fenômeno que tamanho impacto tem na vida do consumidor. Deixando de lado totalmente seu poder de persuasão, é bom lembrar que a indústria da publicidade no Brasil movimentava recursos da ordem de 3 bilhões de dólares.¹⁸⁷

Quando se fala em controle da publicidade temos em conta o controle da mensagem publicitária. E nesta "estamos a referir-nos ao conteúdo da comunicação, isto é, ao anúncio em si mesmo,

¹⁸⁷ Conforme dados do jornal especializado *Meio & Mensagem*, em sua edição de 4.2.91, nos primeiros 11 meses de 1990, o volume de negócios na publicidade brasileira superou a casa dos US\$ 3 bilhões.

independentemente dos meios utilizados para a veicular”.¹⁸⁸ Lembrando, sempre, que o objetivo maior não é a disciplina de anúncios isolados, mas da atividade como um todo.

15. Influência estrangeira no Código

Não havendo no Brasil qualquer precedente sistemático de controle da publicidade, o legislador do Código foi buscar inspiração no Direito Comparado. A publicidade, pelo menos no que tange às suas características principais, não difere muito de país para país. Logo, a experiência estrangeira pôde, com facilidade, ser aproveitada na formulação das normas codificadas.

Os diversos projetos que deram origem à Lei nº 8.078/90 sofreram grande influência dos Direitos francês e norte-americano. Daquele, por meio do *Projet de Code de la Consommation*. Deste, pela utilização do art. 5º, do *Federal Trade Commission Act* e, fundamentalmente, da regulamentação e decisões administrativas da própria *Federal Trade Commission*, bem como da jurisprudência mais recente dos tribunais. De grande importância foi, igualmente, a Diretiva nº 84/450, da Comunidade Econômica Européia, de 10 de setembro de 1984.

16. A regulamentação legal da publicidade no Código: civil, administrativa e penal

A publicidade vem regulada em capítulo próprio (“Das Práticas Comerciais”). Sua localização topográfica não merece qualquer reparo. Como momento pré-contratual que é, antecede a tutela contratual do consumidor, que é tratada no capítulo seguinte (“Da Proteção Contratual”).

¹⁸⁸ J. Martins Lampreia, *op. cit.*, p. 73.

A lei, já no capítulo “Dos Direitos Básicos do consumidor”, estatui que entre estes se inclui “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva”

(art. 6º, IV).

Nessa parte especial civil, o texto cuida, em mais detalhe, da manifestação publicitária, para, mais adiante, no Título II (“Das Inflações Penais”), criar crimes publicitários. Finalmente, entre as sanções administrativas, inclui-se a contrapropaganda como pena específica para as infrações publicitárias (art. 56, XII).

17. Os princípios gerais adotados pelo Código

Alguns princípios podem ser apontados como norteadores da elaboração do Código que, como se sabe, tem por finalidade dorsal proteger o consumidor, não obstante incorpore valores próprios de outros microsistemas, como o ambiental e o concorrencial.

Nesse ponto, impõe-se a cautela de não confundir princípios gerais da publicidade¹⁸⁹ com princípios da proteção publicitária do consumidor. Estes pertencem, fundamentalmente, ao CDC; aqueles, diversamente, encontram amparo no feixe de normas, de Direito Público e Privado, que rege o fenômeno publicitário nas suas diversas facetas.

Diga-se, ainda, que o Código, afastando-se um pouco da tradição brasileira, optou por definir publicidade enganosa e publicidade abusiva, embora se abstraindo de dar qualquer conceito genérico de publicidade. Preocupou-se, portanto, com a definição do desvio, mas não com a do padrão.

17.1. O princípio da identificação da publicidade

¹⁸⁹ Para uma abordagem ampla, de caráter constitucional, da publicidade, cf. Vidal Serrano Nunes Júnior, *op. cit.*

A publicidade há de ser identificada pelo consumidor. O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar. Quanto a esta, cabe citar a lição de Caio A. Domingues: “uma refinada tolice, sem nenhum fundamento técnico ou científico”.

Daí que a atividade publicitária rege-se, em primeiro lugar, pelo *princípio da identificação da publicidade*. O Código o acolheu expressamente (art. 36, *caput*).

17.2.O princípio da vinculação contratual da publicidade

Já no plano contratual, o Código referenda o *princípio da vinculação da publicidade*. De acordo com seu texto, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária (arts. 30 e 35).

17.3.O princípio da veracidade da publicidade

O Código consagrou o *princípio da veracidade da publicidade* ao proibir e definir a publicidade enganosa (art. 37, § 1º). É um dos mais importantes princípios da publicidade “e também aquele que tem uma expressão legal mais antiga, mesmo quando o tratamento jurídico da publicidade não ultrapassava os limites da defesa da concorrência leal”.¹⁹⁰

17.4.O princípio da não-abusividade da publicidade

O princípio da veracidade tem um meio-irmão que, embora não busque reprimir a enganiosidade da mensagem publicitária, tem por objetivo reprimir desvios que prejudicam igualmente os consumidores: o princípio da não-abusividade do anúncio (art. 37, § 2º).

Nos moldes do que acontece no Direito Comparado e no próprio Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, a lei

¹⁹⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 81.

distingue publicidade enganosa de publicidade abusiva. Ambas são definidas.

Na maior parte das vezes, ao revés do que se dá com a publicidade enganosa, a abusiva não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a agredir outros valores tidos como importantes pela sociedade de consumo.

17.5.0 princípio da inversão do ônus da prova

O *princípio da inversão do ônus da prova*, decorrente, de certa maneira, dos princípios da veracidade e da não-abusividade da publicidade, assim como do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, é adotado pelo Código (art. 38).

17.6.Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

Em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova, reconhece-se o *princípio da transparência da fundamentação da publicidade*, expresso no art. 36, parágrafo único. É um aperfeiçoamento da teoria do *ad substantiation* dos norte-americanos.

17.7.Princípio da correção do desvio publicitário

Uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado de sua reparação civil e repressão administrativa e penal, impõe-se, igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.

Tal tem lugar através da contrapropaganda (*corrective advertising*), também acolhida pelo Código (art. 56, XII).

17.8.Princípio da lealdade publicitária

Na *editio princeps* e seguintes deste livro, afastando-me do pensamento de certos autores estrangeiros que trataram do assunto, adotei a posição de que o CDC não incluía, entre seus objetivos primários, o fortalecimento da concorrência no mercado. Conseqüentemente, excluí, do rol dos princípios da publicidade, a lealdade concorrencial.

Creio que a razão está com Márcio Mello Casado¹⁹¹ e Fernando Gherardini Santos¹⁹², quando não conseguem deixar de ver, no sistema do CDC, o princípio da lealdade publicitária.¹⁹³

Realmente, o CDC comanda, expressamente, em dispositivo de minha autoria, que um dos seus princípios é exatamente a

coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.¹⁹⁴

Ora, tal princípio geral do microsistema do CDC espraia-se por todas as suas províncias, não excluindo, por certo, o terreno fértil para tais práticas atentatórias à concorrência, o *marketing*.

O tema que mais interessa ao princípio da lealdade publicitária é o da publicidade comparativa, que será melhor analisado por ocasião dos comentários ao art. 37.

18. A regulamentação penal da publicidade

O Código não desprezou, a exemplo do que ocorre no Direito Comparado, a tutela penal da publicidade. Reconhece-se, contudo, que a

¹⁹¹ Márcio Mello Casado, *op. cit.*, p. 113.

¹⁹² Fernando Gherardini Santos, *Direito do marketing*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

¹⁹³ Especificamente sobre concorrência desleal publicitária, cf. o aprofundado estudo de Marco Antônio Marcondes Pereira, *Concorrência desleal por meio da publicidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁹⁴ CDC, art. 4º, inc. VI.

sanção penal, em matéria de ilícitos publicitários, nem sempre surte o efeito desejado,¹⁹⁵ especialmente porque não tem o condão, por si só, de retornar o mercado ao seu *status quo ante*.

Não há nenhuma novidade na repressão penal da publicidade. Na França, a *lei Royer*, por exemplo, impõe pena de três meses a dois anos de prisão para a publicidade enganosa. A lei de 1º de agosto de 1905, que cuida da repressão à fraude na venda de mercadorias, por outro lado, em seu art. 1º, também reprime os anúncios enganosos. Finalmente, o próprio art. 405 do Código Penal (*délit d'escroquerie*) tem dado ensejo à punição da publicidade enganosa.

Há no texto brasileiro ilícitos eminentemente publicitários. Basta que se cite os crimes de publicidade enganosa ou abusiva (art. 67), de publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar perigosamente (art. 68), de omissão no arquivo dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão base ao anúncio (art. 69). Acrescente-se, por derradeiro, que a Lei nº 8.137/90, em seu art. 7º, VII, criou mais um crime publicitário:

induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária.

Trata-se, como se percebe facilmente, de delito material, enquanto os do Código de Defesa do Consumidor são meramente formais.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.
[1][2]

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos

¹⁹⁵ Guido Alpa, *op. cit.*, p. 137.

legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. [3]

COMENTÁRIOS

[1] A ORIGEM DO DISPOSITIVO - Novamente no *Projet* francês foi buscar inspiração o legislador brasileiro. Segundo seu art. 46, "*la publicité doit pouvoir être nettement et instantanément distinguée comme telle*".

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária tem prescrições semelhantes. Conforme seu texto, "a atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha" (art. 9º). Mais adiante, fica estabelecido que "o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de veiculação" (art. 28).

[2] O PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE - Este dispositivo acolhe o *princípio da identificação* da mensagem publicitária. A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica).

Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. "A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais dos textos ou imagens."¹⁹⁶

¹⁹⁶ Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos...*, cit., p. 81.

O dispositivo visa a impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos “científicos”, os informes “econômicos”, verdadeiras comunicações publicitárias transvestidas de informação editorial, objetiva e desinteressada.¹⁹⁷ Veda-se, portanto, a chamada *publicidade clandestina*, especialmente em sua forma redacional,¹⁹⁸ bem como a *subliminar*.¹⁹⁹

Problemas de difícil solução surgirão. Um deles é o *merchandising*, isto é, a divulgação de produtos ou serviços inserida, por exemplo, em filmes e novelas, e o outro é o *teaser*, ou seja, o anúncio do anúncio.

[2.1] O *MERCHANDISING* - O que hoje no Brasil é chamado de *merchandising* nada mais é que uma corruptela da mesma expressão que, em teoria de *marketing*, tem sentido bem diverso. Denomina-se *merchandising* em técnica publicitária (no *marketing* tem significado bem diferente)

a aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar. Como exemplo podemos citar o consumo de cigarros, somente de determinada marca no filme, ou o uso

¹⁹⁷ Francisco Pereira Coelho, “Rapport général”, in *La publicité-propagande (journées portugaises de Lisbonne)*, Paris, Economica, 1983, tome XXXII, p. 25.

¹⁹⁸ Sobre o conceito de publicidade redacional, veja-se Gérard Cas & Didier Ferrier, *Traité de Droit de la Consommation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 273.

¹⁹⁹ A respeito de publicidade subliminar, veja-se David Gurnick, “Subliminal advertising: threat to consumer autonomy?”, in *Beverly Hills Bar Association Journal*, vol. 21, nº 1, 1986-87, p. 56-72. A eficácia da publicidade subliminar foi testada, experimentalmente, em 1957. Em um cinema dos Estados Unidos, a audiência foi bombardeada com as seguintes frases, na velocidade de 1/3000 de segundo: “Drink Coca-Cola” e “Hungry? Eat Popcom”.

O consumo de tais produtos, durante a apresentação, aumentou bastante. Não há, contudo, casos registrados de utilização comercial de publicidade subliminar. Por via das dúvidas, como mera cautela preventiva, a *Federal Trade Commission*, em 1974, emitiu uma *public notice*, alertando contra a abusividade da publicidade subliminar.

exclusivo de carros da marca Ford numa determinada novela.²⁰⁰

Dito de outra maneira, seria, ainda nesta acepção bem brasileira, “a inserção camuflada de mensagens comerciais em programas de televisão, principalmente novelas”.²⁰¹ Ou, com outras palavras, “a inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou de rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral etc”, passando a ser popularmente conhecida por *merchandising*.²⁰²

O Código não traz uma proibição expressa do *merchandising*. O fenômeno, não bastasse sua nocividade para o consumidor, ainda representa uma forma de burla ao limite de 15 minutos de publicidade por hora de programação. Não resta a menor dúvida de que, de uma forma ou de outra, o *merchandising* terá de se adaptar ao princípio da identificação da mensagem publicitária. Não será fácil a sua compatibilização com o espírito do Código. De qualquer modo, algumas soluções podem ser imaginadas (se vão ser aceitas pelos tribunais, isto é um outro assunto!).

A melhor delas, sem dúvida, é a utilização de “créditos”, ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços. Não vejo aí violação do requisito da imediatidade. Esta tem por *ratio* evitar a identificação *a posteriori*. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor, no momento da veiculação do *merchandising*, possa identificá-lo, de imediato, como publicidade. Por cautela, o crédito, nos programas que são fragmentados, deve ser reapresentado tantas vezes quantos sejam os fragmentos. E para proteger os consumidores que não tenham

²⁰⁰ Mizuho Tahara, *Contato imediato com mídia*, São Paulo, Global Editora, 1987, p. 43.

²⁰¹ J. B. Pinho, *op. cit.*, p. 47.

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 49.

oportunidade de assistir ao início do programa (ligaram a televisão após a abertura da novela, por exemplo), também se deve exigir que os créditos sejam repetidos ao final de cada fragmento.

[2.2] O *TEASER* - O *teaser* “é uma curiosa peça publicitária”, pois tem por função preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária. “É um anúncio do anúncio. Mas produzido de forma a provocar um certo suspense, a criar uma atmosfera de interrogação.” Busca-se, dessa forma, “dar maior impacto ao anúncio, ou seja: assegurar um elevado índice de audiência para a campanha de propaganda”.²⁰³

Segundo o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, *teasers* são “mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados” (art. 9º, parágrafo único).

Os problemas do *teaser* são semelhantes aos do *merchandising*: não permitem uma identificação pronta de seu caráter publicitário. Mas, como já dito, o *teaser* nada mais é que uma parte da mensagem publicitária. E o que o Código exige é que esta e não o seu fragmento seja identificável facilmente. Logo, o princípio da identificação vale também para o *teaser*, só que sua aplicação faz-se apenas após a apresentação de seu fragmento final.

Uma tal solução não quer dizer que os fragmentos do *teaser* estão absolutamente sem controle. Permanecem eles sujeitos à prática - ainda como partes de um todo - de publicidade enganosa e abusiva.

[3] O PRÍNCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO - O parágrafo único do art. 36 traz o princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária. O fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo

²⁰³ Plínio Cabral, *op. cit.*, p. 110.

sempre com base em elementos fáticos e científicos: é sua fundamentação. De pouco adiantaria exigir a fundamentação da mensagem publicitária (cujas carências estão incluídas no conceito de publicidade enganosa) sem que se desse acesso aos consumidores. É esse dever que vem expresso no texto legal.²⁰⁴

O dever de fundamentação é de origem recentíssima. Sua formulação, ainda sem a sofisticação atual e aplicando-se apenas às alegações referentes à saúde e segurança, pode ser identificada em uma decisão pioneira, de 1963, da *Federal Trade Commission* que, ao se deparar com uma publicidade de um dispositivo de flutuação aquática, manifestou-se no sentido de que

um anunciante tem um dever de produzir - antes de fazer qualquer alegação que, se falsa, possa causar danos à saúde ou segurança do consumidor do produto anunciado - uma análise razoável da veracidade ou falsidade do que alega. Deve ele ter em seu poder dados que, a um comerciante razoável e prudente, atuando de boa-fé, bastariam para concluir sobre a veracidade de tal alegação.²⁰⁵

Mas só em 1972, no caso *Pfizer*,²⁰⁶ é que o princípio foi estendido a outros tipos de alegações.

Na justificação do dever de fundamentação do anúncio está a constatação da impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida. Não deixa, pois, de ser muito mais eficiente exigir-se que o próprio anunciante execute os testes em relação a cada um de seus produtos e serviços anunciados.²⁰⁷

²⁰⁴ Sobre *ad substantiation* confira-se Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 681.

²⁰⁵ *In re Heinz W. Kirchner*, 63 F.T.C. 1282,1294 (1963), *aff'd*, 337 F.2d 751 (9th Cir. 1964).

²⁰⁶ *In re Pfizer, Inc.*, 81 F.T.C. 23 (1972).

²⁰⁷ Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 682.

Sempre que o anunciante faz uma afirmação, o consumidor, automaticamente, imagina que ele tem uma base material para assim proceder. E a lei não pode permitir a ninguém anunciar um produto ou serviço sem antes ter recolhido dados objetivos que dêem sustentação ao que alega. No Brasil, a situação é exatamente oposta. Poucos são os fornecedores que tomam tal cautela. E, na maior parte das vezes, assim se comportam porque sabem que seu produto ou serviço está muito aquém daquilo que sobre ele a publicidade diz. O panorama muda inteiramente com o Código.

Como bem notou a *Federal Trade Commission*,

em face do desequilíbrio de conhecimento e recursos entre a empresa e cada um de seus consumidores, economicamente é mais racional, com menos custos para a sociedade, requerer que o fornecedor confirme sua afirmação sobre o bem em vez de impor tal ônus sobre cada um dos consumidores individuais de testar, investigar ou experimentar, por eles mesmos... Razões de justiça econômica exigem que tal obrigação seja imposta sobre os vendedores.²⁰⁸

Daí que, por exemplo, cada vez que uma escola anunciar, como uma das qualidades de seus cursos, a colocação de seus alunos no mercado de trabalho, só pode fazê-lo quando dispuser de dados que mostrem, claramente, o nível de emprego de seus diplomados.

Observe-se que o dever de dar acesso é do anunciante (fornecedor) e não da agência. Esta, porém, como cautela, deve manter cópia da fundamentação do fornecedor, até para demonstrar sua não-responsabilidade em caso de alegação de publicidade enganosa.

É evidente que os segredos industriais estão protegidos dessa divulgação ampla.

²⁰⁸ *In re Pfizer*, 81 F.T.C. 23 (1972).

Cabe ainda mencionar que o descumprimento do princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária, além da repercussão cível e administrativa, também tipifica ilícito penal: “Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: *Pena* - Detenção de um a seis meses ou multa.” Claro que aí estamos diante de ilícito doloso, em que a intenção é relevante. Não é assim na apreciação civil que se faz do mesmo fato. O aplicador, no reconhecimento do dever de indenizar por danos causados, não indaga sobre a boa ou a má-fé do anunciante.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [1][2][5][6][7][8]

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. [3]

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. [4]

§ 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. [3]

§ 4º Vetado - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente.

COMENTÁRIOS

[1] A ORIGEM DO DISPOSITIVO - O *Projet*, quanto à publicidade enganosa, traz regramento assemelhado:

Il est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires (art. 48).

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária também reprime a publicidade enganosa (art. 27).

Não há no *Projet* artigo parecido ao da publicidade abusiva. Encontra-se, isso sim, um dispositivo que serviu de modelo para a parte final do § 2º e para o art. 68:

Il est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations susceptibles d'entraîner des comportements dangereux pour la santé ou la sécurité des personnes (art. 47).

Regulamentação longa e minuciosa da publicidade abusiva pode ser encontrada no Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (arts. 20, 23, 24, 25 e 26, entre outros).

[2] A PROIBIÇÃO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA - A proibição da publicidade enganosa ou abusiva é ampla e flexível. Nos parágrafos do art. 37, o legislador buscou orientar o intérprete sobre o conteúdo destes dois conceitos praticamente desconhecidos do Direito brasileiro.

O dispositivo não proíbe a publicidade. Posiciona-se somente contra dois tipos de publicidade pernicioso ao consumidor.

Não se imagine que, em *marketing*, só a publicidade pode ser contaminada por enganosidade ou abusividade. Todas as técnicas mercadológicas dão azo a tais desvios. Por conseguinte, as promoções de venda também podem ser enganosas ou abusivas.

[3] A PUBLICIDADE ENGANOSA - O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.²⁰⁹

O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem direito - de ordem pública - a não ser enganado, direito este agora adotado pelo Direito brasileiro.

²⁰⁹ Richard Craswell, "Interpreting deceptive advertising", in *Boston University Law Review*, vol.65, nº4, 1985, p. 670.

Em linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ("capacidade de indução ao erro"); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio - como ausência de informação positiva - pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o *standard* de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).

O Direito tradicional não dava resposta adequada, seja civil, seja penal, à publicidade enganosa. O erro (CC de 1916, arts. 86 a 91) e o dolo (CC de 1916, arts. 92 a 97), assim como o princípio da boa-fé, tanto no Brasil como alhures,²¹⁰ não se prestavam para a proteção do consumidor em tal área. Urgente era, pois, a reforma da disciplina jurídica desse importante capítulo das práticas comerciais. Reforma essa que se processou, em rápida evolução, tanto em doutrina, como no plano legislativo.²¹¹

²¹⁰ Guido Alpa, *op. cit.*, p. 134.

²¹¹ Para que se tenha uma idéia aproximada da velocidade com que a reforma conceitual e legislativa transcorreu, pelo menos nos países do *civil law*, mencione-se dois estágios (e visões) distintos desse processo. Pelo primeiro, a publicidade enganosa ainda é vista como sinônimo de anúncio falso, requerendo um exaurimento final por meio do ato de consumo (aquisição do produto ou serviço). É o anteprojeto do professor Othon Sidou, que assim cuidava do tema: "Art. 7º Caracterização - É vedado o emprego de qualquer meio de comunicação social com fins econômicos que leve o consumidor a adquirir bens ou ajustar serviços, induzido por erro ou simulação quanto à natureza, origem, componentes, propriedades, características, uso, quantidade, preço e condição de venda dos bens ou serviços. *Parágrafo único*. Entende-se por comunicação a publicidade, escrita ou falada, seja qual for o meio utilizado, inclusive jornal, rádio, televisão, cinema, alto-falante, cartaz *outdoor*, estampa, prospecto, indicação em invólucros, rótulos ou bulas, e em que se façam afirmativas sobre a mercadoria ou o serviço, bem assim quanto às



Não se confunda publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. De fato,

uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui.²¹²

O grande labirinto dessa matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa nem sempre é evidentemente falsa.

O problema da *veracidade* da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários *mentissem* verdadeiramente, seria fácil desmascará-los - só que não o fazem - e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos.²¹³

[3.1] OS DIVERSOS TIPOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA - Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por *comissão* e a por *omissão*. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão,

aptidões do fabricante, vendedor, prestador de serviço ou locador de móveis. *Art. 8º Responsabilidade* - É responsável pela publicidade enganosa, com as características do artigo anterior, tanto o fabricante do produto anunciado que a encomendou, veiculou ou autorizou, como o vendedor, o prestador ou o locador que se utilizarem de publicidade análoga, uma vez conhecendo a burla que a mesma encerra. *Parágrafo único*. Entende-se por conhecimento da burla a persistência na utilização da publicidade enganosa, já assim publicamente declarada" (J. M. Othon Sidou, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 111).

Um segundo momento dessa evolução, mais recente e abrangente, é representado pela Diretiva nº 84/450, da CEE, que assim define publicidade enganosa: "*misleading advertising means any advertising which in any way, including its presentation, deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or whom it reaches and which, by reason of its deceptive nature, is likely to affect their economic behaviour or which, for those reasons, injures or is likely to injure a competitor*" (art. 2º).

²¹² Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 134.

²¹³ Jean Baudrillard, *A sociedade de consumo*, tradução de Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 1981, p. 155.

o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é.

Ademais, a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganabilidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa.

[3.2] O ELEMENTO SUBJETIVO - Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro - mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante —, caracterizada está a publicidade enganosa.

Assim ocorre porque o que se busca é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor.²¹⁴ E, para fins daquela, o que importa é uma análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado. Já para esta, diversamente, a intenção ou culpa do agente é sopesada.

Tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria significativa de consumidores. A essência do desvio (a enganabilidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo

²¹⁴ No mesmo sentido, veja-se *Lefkowitz v. Colorado State Christian College of the Church of the Inner Power*, 76 Misc. 2d 50, 346 N.Y.S.2d 482, 489 (Sup. Ct., N.Y. Co. 1973).

quando inexistente qualquer intenção de enganar.²¹⁵ Pelo mesmo raciocínio, não elide a enganabilidade os esforços efetuados pelo anunciante no sentido de preveni-la.²¹⁶ Finalmente, o fato de ser uma determinada prática enganosa corrente no mercado, não dá salvo-conduto aos seus adeptos para utilizá-la em detrimento dos consumidores.²¹⁷

A solução, no *Marketing Practices Act* sueco, é a mesma, de vez que “nem dolo ou culpa do anunciante são exigíveis”.²¹⁸

[3.3] CAPACIDADE DE ENGANAR E ERRO REAL - A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado.²¹⁹ A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua “capacidade de induzir em erro o consumidor”, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso - pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido *jure et de jure*, já é suficiente.

²¹⁵ FTC v. Algoma Lumber Co., 291 U.S. 67 (1934); Chrysler Corp. v. FTC, 561 F. 2d 357 (D.C. Cir. 1977); Beneficial Corp. v. FTC, 542 F. 2d 611 (3rd Cir. 1976); Doherty, Clifford, Steers and Shenfield, Inc. v. FTC, 392 F. 2d 921 (6th Cir. 1968); Montgomery Ward v. FTC, 379 F. 2d 666 (7th Cir. 1967); Regina Corp. v. FTC, 322 F. 2d 765 (3rd Cir. 1963); Feil v. FTC, 285 F. 2d 879 (9th Cir. 1960); Gimbel Bros., Inc. v. FTC, 116 F. 2d 578 (2nd Cir. 1941).

²¹⁶ Chrysler Corp. v. FTC, 561 F. 2d 357 (D.C. Cir. 1977); Doherty, Clifford, Steers and Shenfield, Inc. v. FTC, 392 F. 2d 921 (6th Cir. 1968); Montgomery Ward v. FTC, 379 F. 2d 666 (7th Cir. 1967).

²¹⁷ Moog Industries, Inc. v. FTC, 355 U.S. 411 (1958); United Biscuit Co. v. FTC, 350 F. 2d 615 (7th Cir. 1965), cert. denied, 383 U.S. 926 (1966); Peacock Buick, Inc., 86 FTC 1532 (1976).

²¹⁸ Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 134.

²¹⁹ FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U.S. 374 (1965); FTC v. Raladam Co., 316 U.S. 149 (1942); FTC v. Algoma Lumber Co., 291 U.S. 67 (1934); FTC v. Royal Milling Co., 288 U.S. 212 (1933); Trans World Accounts. Inc. v. FTC, 594 F. 2d 212 (9th Cir. 1979); Beneficial Corp. v. FTC, 542 F. 2d 611 (3rd Cir. 1976); Resort Car Rental Systems. Inc. v. FTC, 518 F. 2d 962 (9th Cir.), cert. denied sub. nom. Mackenzie v. United States, 423 U.S. 827 (1975); Montgomery Ward and Co. v. FTC, 379 F. 2d 666 (7th Cir. 1967); Benrus Watch Co. v. FTC, 352 F. 2d 313 (8th Cir. 1965); FTC v. Sterling Drug, 317 F. 2d 669 (2nd Cir. 1963); U.S. Retail Credit Ass'n, Inc. v. FTC, 300 F. 2d 212 (4th Cir. 1962); Goodman v. FTC, 244 F. 2d 584 (9th Cir. 1957); Charles of the Ritz Distributors Corp. v. FTC, 143 F. 2d 676 (2nd Cir. 1944).

Trata-se, como se percebe, de juízo *in abstracto* e não *in concreto*. Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero *plus* (com implicações próprias, notadamente na área penal). “Capacidade de indução em erro” quer dizer “tendência a induzir em erro”. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram, efetivamente, enganados.

O erro potencial - consequência da enganosidade - pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Mesmo um dado acessório pode, via publicidade, ser ressaltado, ganhando, então, capacidade para induzir o consumidor em erro.

Em suma: o legislador brasileiro, na avaliação do que seja publicidade enganosa (e no seu regramento civil), enxerga mais o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. O erro real, consumado, é um mero exaurimento, que para fins da caracterização da enganosidade é irrelevante.

A indução efetiva do consumidor em erro tem importância na tipificação do crime do art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo). O exaurimento da mensagem publicitária enganosa - ou seja, o dano publicitário individual - traz uma sanção mais dura, com base no citado dispositivo da Lei nº 8.137/90: é crime contra as relações de consumo

induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária (grifos nossos).

Do mesmo modo, a indução concreta em erro importa para a verificação do dever de indenizar o dano *individual*, não o dano *difuso*, de vez que, havendo enganosidade, o prejuízo supra-individual é presumido

jure et jure. O Código, portanto, deixando de buscar apenas o *engano real e efetivo*, leva sua apreciação a momento anterior, priorizando a mera *capacidade de enganar*.²²⁰

Não custa, então, para concluir, repetir que, na caracterização da enganosidade, não tem qualquer importância a consumação do dano material. O consumidor não precisa chegar às últimas conseqüências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os *efeitos reais* da publicidade, mas, ao contrário, sua *capacidade de afetar* decisões de compra.²²¹

Solução distinta era aquela do anteprojeto do professor Othon Sidou, no seu art. 7º, *caput*, ainda na década de 1970. Segundo o grande mestre, ao justificar sua proposta, cabe verificar

se a publicidade enganosa—vale repetir, a que *induz* o consumidor ao erro - está inserida neste princípio de responsabilidade, noutras palavras, se por si produz dano. Cremos que sim. E o argumento mais incisivo para tal entender, temo-lo na própria publicidade, como instrumento por meio do qual o responsável exercita uma atividade que lhe é inerente e que pode exercitar, empregando medidas capazes de impedir o dano.²²²

Também no Direito sueco

não é necessário que alguém tenha sido, de fato, enganado pelo método comercial. O *ombudsman* do consumidor não tem que se empenhar em estudos empíricos para demonstrar que uma certa campanha está afetando adversamente os consumidores. Ao revés, o que se espera do tribunal do mercado é uma decisão hipotética.²²³

²²⁰ Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 677.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 677.

²²² J. M. Othon Sidou, *op. cit.*, p. 115.

²²³ Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 135.

[3.4] O CONSUMIDOR DESINFORMADO E IGNORANTE É PROTEGIDO - Nesta avaliação do potencial de induzimento em erro do anúncio, considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja ignorante, desinformado ou crédulo.²²⁴ Afinal, “aquilo que for enganoso para um consumidor pode não sê-lo, em alguns casos, para outros”.²²⁵

Conforme já decidido nos tribunais americanos, a norma jurídica de repúdio à publicidade enganosa não foi “moldada apenas para a proteção dos especialistas, mas para o público - a vasta multidão que inclui o ignorante, o desatento e o crédulo”, e “o fato de uma alegação falsa ser obviamente mentirosa para aqueles que são treinados e experientes não muda o seu caráter nem retira seu poder para enganar outros menos experientes”.²²⁶

[3.5] OS CONSUMIDORES MAIS FRÁGEIS SÃO ESPECIALMENTE TUTELADOS - A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir em erro manifeste-se apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis (os doentes, as crianças, os idosos, os crédulos, os ignorantes, os de pouca instrução). Assim, por exemplo, os consumidores de uma região recém-afetada por incêndio são mais vulneráveis a exageros publicitários de produtos contra tal fenômeno. Em outras palavras, não se exige que a “maioria” dos consumidores seja atingida pela capacidade de induzir em erro.²²⁷

²²⁴ Confira-se *Guggenheimer v. Ginzburg*, 43 N.Y.2d 268, 372 N.E.2d 17,401 N.Y.S.2d 182, 184(1977).

²²⁵ Ulf Bernitz & John Draper, *op cit.*, p. 135.

²²⁶ *Charles of the Ritz Distributors Corp. v. Federal Trade Commission* (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1944, 143 F.2d 676).

²²⁷ *FTC v. Standard Education Society*, 302 U.S. 112(1937); *Standard Oil Co. of Califórnia v. FTC*, 577 F.2d 653 (9th Cir. 1978); *Staufer Laboratories, Inc. v. FTC*, 343 F.2d 75 (9th Cir. 1965); *FTC v. Sterling Drug, Inc.*, 317 F.2d 669 (2nd Cir. 1963); *Exposition Press, Inc. v. FTC*, 295 F.2d 869 (2nd Cir. 1961), cert. denied, 370 U.S. 917 (1962); *Royal Oil Co. v. FTC*, 262 F.2d 741 (4th Cir. 1959); *Charles of the Ritz Distributing Co. v. FTC*, 143 F.2d 676 (2nd Cir. 1944); *Aronberg v. FTC*, 132 F.2d 165 (7th Cir. 1942); *General Motors Corp. v. FTC*, 114 F.2d 33 (2nd Cir. 1940).

A regra é, pois, que na caracterização da publicidade enganosa analise-se a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor. Usa-se, portanto, um duplo critério de avaliação. O primeiro, *objetivo*, tem a ver com o conteúdo do próprio anúncio. O segundo, *subjetivo*, relaciona-se com o tipo de consumidor atingido ou atingível. Por conseguinte, uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode vir a sê-lo em função de outro público.

[3.6] A IMPRESSÃO TOTAL - O julgamento de um anúncio não é feito levando-se em consideração somente sua *literalidade*. Toma-se a sua impressão total. É por essa razão que uma publicidade, embora literalmente verdadeira ou não abusiva, pode vir a ser enxergada, após verificação contextual, como enganosa ou abusiva.

A pura verdade literal não é, pois, defesa para o anunciante,²²⁸ se do contexto geral sobressair sentido diverso.

[3.7] A PUBLICIDADE ENGANOSA COMISSIVA - Já indicamos que de duas maneiras manifesta-se a enganabilidade publicitária: ativa ou passivamente. Esta é denominada publicidade enganosa por omissão, e aquela, publicidade enganosa por comissão. Uma (a comissiva) envolve um critério de *dever negativo de conteúdo*, enquanto a outra (a omissiva) refere-se a um *dever positivo de conteúdo*.²²⁹

A publicidade enganosa comissiva decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou serviço. Afirma-se aquilo que não é.

[3.7.1 O EXAGERO PUBLICITÁRIO - O Código, já vimos quando tratamos do art. 30 (pressuposto da precisão da informação), não dá um salvo-conduto para o exagero (*puffing*). Uma vez que a afirmação

²²⁸ Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 676.

²²⁹ Francisco Pereira Coelho, "Rapport...", cit., p. 25.

do anunciante, por mais exagerada que seja, preste-se para induzir o consumidor em erro, configura-se a publicidade enganosa. Só a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio permite a isenção de responsabilidade do fornecedor.

O exagero não é empregado “gratuitamente”. O certo é que sempre há um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usa o exagero porque o vê como benéfico aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada.

Não se pode ofertar a tal modalidade de anúncio um tratamento distinto do aplicável às outras formas publicitárias. Essa é a regra geral, aliás, com precedente estrangeiro.

Afirmações exageradas não mais são permitidas. Alegações gerais como ‘o melhor do mundo’ têm que respeitar o mesmo parâmetro de fundamentação exigível de outras, sendo que a inversão do ônus da prova determina que o anunciante demonstre serem elas literalmente verdadeiras.²³⁰

O Código de Defesa do Consumidor só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação (art. 30) quando lhe faltar a “precisão suficiente”. Exceção como essa não se encontra em referência aos princípios da veracidade e da não-abusividade (art. 37). Conclui-se, então, que o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro ou abusando dos valores sociais, presta-se à caracterização da publicidade enganosa e abusiva, mesmo quando não tiver “precisão suficiente”.

²³⁰ Ulf Bernitz & John Draper, *op. cit.*, p. 136. “Exagero”, em linguagem jurídica norte-americana, denomina-se *puffing*. Mas, como acertadamente assinala Caio A. Domingues, tal palavra “é desconhecida dos publicitários brasileiros”. Prefere ele a expressão “exaggerated graphics”.

Acrescente-se ainda que, quanto ao exagero superlativo, o tratamento há de ser mais rígido ainda. Assim, no Direito alemão, conforme nota Waldírio Bulgarelli,

o anúncio superlativo é encarado (...) mais severamente, não sendo, na maior parte dos casos, visto como um exagero inofensivo, mas, pelo contrário, como uma alegação publicitária que deve ser levada a sério.²³¹

Ao Direito - pelo menos como o entendemos - causa repulsa qualquer forma de falsidade ou induzimento em erro, mesmo aquela praticada "inocentemente", já que é difícil imaginar tanta inocência quando é com base nela que o consumidor é incentivado a adquirir o produto ou serviço. O problema, no caso do exagero, é sempre o de traçar o limite entre o lícito e o ilícito, ou seja, "em decidir quais alegações são mero exagero e quais outras constituem engano real do público".²³²

Anúncios exagerados que não sejam capazes de medição objetiva ("um produto maravilhoso") ou que não possam ser levados a sério ("Esso põe um tigre no seu carro") não são considerados enganosos, "desde que os seus produtos não sejam de tão má qualidade ou sem valor ao ponto de cobrir de inexatidão os termos".²³³ Na lição sempre preciosa de Waldírio Bulgarelli,

a regra geral que se colhe na maior parte dos países industrializados é a de que as expressões exageradas de caráter inofensivo, em que os clientes não acreditam, estão excluídas do campo dos enganos prejudiciais dentro de limites variáveis.²³⁴

²³¹ Waldírio Bulgarelli, "Publicidade enganosa - aspectos da regulamentação legal", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 24 (58), abr./jun. 1985, p. 91.

²³² S. Chesterfield Oppenheim, Glen E. Westo, Peter B. Maggs & Roger E. Schechter, *Unfair trade practices and consumer protection: cases and comments*, St. Paul, West Publishing Co., 1983, p. 561.

²³³ S. Chesterfield Oppenheim, Glen E. Weston, Peter B. Maggs & Roger E. Schechter, *op. cit.*, p. 561.

²³⁴ Waldírio Bulgarelli, *op. cit.*, p. 90.

O anteprojeto do professor Othon Sidou proibia, expressamente, o *puffing*, em especial o superlativo, sempre que não fundamentado:

Art. 11. Superlativação - Quer no rótulo ou na embalagem da mercadoria, quer para efeito de comunicação direta ou de massa, as menções 'produto garantido', 'genuíno', 'qualidade superior', ou semelhantes, só são admitidas quando contiverem, inequivocamente, as informações precisas sobre o que consiste essa forma diferencial sobre produtos similares que disputam o mercado.

[3.7.2] O ANÚNCIO AMBÍGUO - Se um anúncio tem mais de um sentido, basta que um deles seja enganoso (mesmo que os outros não o sejam) para que a mensagem, como um todo, passe a ser considerada enganosa.

Uma única frase pode, realmente, passar, ao mesmo tempo, uma (ou diversas) informação verdadeira e outra (ou diversas) informação enganosa. São as mensagens com sentidos múltiplos.²³⁵ Se um anúncio permite mais de uma interpretação e uma destas é falsa ou capaz de induzir em erro uma porção apreciável da audiência, estamos, então, diante de uma publicidade enganosa.²³⁶

Ou seja, se a mensagem é ambígua, há enganabilidade se um dos seus sentidos é falso e o outro absolutamente verdadeiro.²³⁷

[3.7.3] ALEGAÇÕES EXPRESSAS E ALEGAÇÕES IMPLÍCITAS - Uma mensagem publicitária pode ser enganosa não apenas quando diz

²³⁵ Richard Craswell, "Interpreting deceptive advertising", in *Boston University Law Review*, vol. 65, nº 4, 1985, p. 672.

²³⁶ Em tal sentido confira-se *Giant Food, Inc. v. FTC*, 322 F. 2d 977, 981 (D.C. Cir. 1964) cert.dismissed, 376 U.S. 967 (1964), assim como Robert Pitofsky, *op. cit.*, p. 676.

²³⁷ *Chrysler Corp. v. FTC*, 561 F. 2d 357 (D.C. Cir. 1977); *Magnaflo Co. v. FTC*, 343 F. 2d 318 (D.C. Cir. 1965); *Giant Food, Inc. v. FTC*, 322 F. 2d 977 (D.C. Cir. 1963); *Murray Space Shoe Corp. v. FTC*, 304 F. 2d 270 (2nd Cir. 1962); *Rhodes Pharmacal Co. v. FTC*, 208 F. 2d 382 (7th Cir. 1953), modified by reinstating Commission's order, 348 U.S. 940 (1953); *Carter Products, Inc. v. FTC*, 186 F. 2d 821 (7th Cir. 1950); *National Commission on Egg Nutrition*, 88 FTC, 89 (1976); *Merck and Co.*, 69 FTC, 525, aff'd sub nom. *Doherty, Clifford, Steers and Shenfield, Inc. v. FTC*, 392 F. 2d 921 (6th Cir. 1968).



expressamente algo capaz de induzir em erro, mas também quando, mesmo não o dizendo claramente, a informação realmente passada difere do significado real da mensagem.

Se meu anúncio afirma “Sinta o contato de um verdadeiro *mink*. Compre um casaco Von Pelt hoje”, em nenhum momento está afirmado que o casaco é de *mink*. O anúncio simplesmente pede ao consumidor para fazer duas coisas: sentir o contato de um verdadeiro *mink* e comprar um casaco Von Pelt. Nada mais. Não se faz nenhuma conexão *expressa* entre as duas atividades. No entanto, em face do que fica implícito na mensagem, a compreensão final a que chega o consumidor é de que a peça é genuinamente de *mink*.²³⁸

[3.8] A PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO - A publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz como pelo que *não* diz. Enquanto na publicidade enganosa comissiva qualquer dado do produto ou serviço presta-se para induzir o consumidor em erro, na publicidade enganosa por omissão só a ausência de *dados essenciais* é reprimida. De fato, não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus produtos ou serviços. Assim, nos termos da lei e nos passos do Direito Comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias. Por essenciais entendam-se as informações que têm o condão de levar o consumidor a adquirir o produto ou serviço.

O Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganabilidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada.

²³⁸ Richard Craswell, “Interpreting deceptive advertising”, in *Boston University Law Review*, vol. 65, n° 4, 1985, p. 669.

A enganiosidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige, conforme mencionado anteriormente, que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço. O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.

[3.8.1] O CONCEITO DE DADO ESSENCIAL - É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.

Três famílias principais de dados, sem exclusão de outras, estão normalmente associadas com a publicidade enganosa por omissão: adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação), preço e segurança.

A análise, contudo, é sempre casuística, dependendo do produto e do serviço. Vale citar alguns desses dados que podem adquirir relevância na decisão do consumidor: os riscos, os defeitos, a dificuldade de serviço pós-venda para o produto, o custo elevado de peças de reposição, o fato de o automóvel ter sido utilizado em competições, a não-restituição de eventuais depósitos etc.

[3.8.2] ALGUNS EXEMPLOS CONCRETOS - O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Phillips, de um televisor *stereo*, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial - que o distinguia dos seus similares - só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição - e por isso essencial - era exatamente a sua qualidade de sonoridade *stereo*.

Em um outro caso, agora nos Estados Unidos, um fabricante de gasolina anuncia seu produto que tem um aditivo especial destinado a

reduzir a poluição. Fixa no escapamento de um automóvel uma bola transparente inflável. Naquele que não faz uso do aditivo, a bola ganha uma coloração escura. No outro, já utilizando a gasolina especial, a bola permanece completamente transparente. O que o anunciante não informa é que o aditivo tem eficiência apenas contra os poluentes visíveis, sendo praticamente inócuo contra emissões incolores (e nestas estão quase todos os poluentes perigosos emitidos pelos automóveis).²³⁹

Em outro exemplo, só que de publicidade comparativa, o anunciante assevera: “Você pode comprar um Chevrolet NOVA ou você pode comprar um carro pequeno que o vence em economia de combustível.” Os dados demonstram, de fato, que o automóvel em questão, de seis cilindros, faz mais quilômetros com um litro de combustível que o NOVA, também de seis cilindros. Só que o anunciante “esqueceu” de informar ao consumidor que, no caso dos veículos de oito cilindros, o NOVA superava aquele anunciado.²⁴⁰ E, como consequência da omissão, o consumidor era induzido a acreditar que *todos* os carros anunciados eram mais econômicos que aqueles da linha NOVA.

[3.8.3] AS DEMONSTRAÇÕES SIMULADAS - Também peca por omissão o anúncio que deixa de informar ao consumidor que o que ele está vendo é uma simples *imitação* ou *demonstração simulada* (*mock-up*) de teste efetivamente efetuado pelo anunciante.

Tal ocorre principalmente em publicidade por televisão, em que o consumidor, diante de uma mera imitação, é induzido, de modo enganoso, a crer que o que vê é, de fato, o teste ou experimento efetuado pelo fornecedor.

Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal americano, ao contrariar a argumentação de um anunciante de que seria impraticável

²³⁹ Veja-se *Standard Oil Co. v. FTC*, 577 F.2d 653 (9th Cir. 1978).

²⁴⁰ Consulte-se *Chrysler Corp. v. FTC*, 561 F.2d 357 (D.C. Cir. 1977).

informar ao consumidor sobre o fato de que não estaria vendo um verdadeiro teste,

conforme nosso pensamento, é inconcebível que o criativo mundo publicitário seja incapaz, se assim o desejar, de adequar-se à insistência... de que o público não seja mal-informado. Se, entretanto, tornar-se impossível ou impraticável apresentar demonstrações televisivas simuladas de forma veraz, tal indica que a televisão não é um veículo que se presta a tal tipo de anúncio, e não que a publicidade deva sobreviver a qualquer custo.²⁴¹

[3.8.4] A LÍNGUA PORTUGUESA - Embora, como se disse anteriormente, ao comentarmos o art. 31, a língua portuguesa seja uma exigência para o cumprimento do dever de informar na *oferta*, o requisito aplica-se do mesmo modo - só que com outra fundamentação - à publicidade. Sua *ratio* aqui não é propriamente assegurar a informação do consumidor. Aliás, o Código não exige que a publicidade seja totalmente informativa. A língua portuguesa nos anúncios é requerida com base no princípio da veracidade, uma vez que a utilização de outro idioma pode induzir o consumidor em erro.

A obrigatoriedade da utilização do idioma nacional não é nenhuma novidade, especialmente quando tomamos em conta o Direito Comparado. Na França, uma lei de 31 de dezembro de 1975 obriga o emprego do francês na publicidade.²⁴²

[4] A PUBLICIDADE ABUSIVA - A publicidade abusiva, da forma como regradada pelo Código brasileiro, é uma grande novidade, mesmo quando se analisam as leis de proteção ao consumidor em países mais desenvolvidos. O conceito carrega a idéia de exploração ou opressão

²⁴¹ Federal Trade Commission v. Colgate-Palmolive Co. (Supreme Court of the United States, 1965. 380 U.S. 374, 85 S.Ct. 1035, 13 L.Ed.2d 904).

²⁴² Segundo seu art. 1º, "*dans la désignation, l'offre, la présentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue des conditions de garanties d'un bien ou d'un service ainsi que dans les factures et licences, l'emploi de la langue française est obligatoire*".

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária também exige o vernáculo.

do consumidor. Mas não se limita a tal. Novos horizontes se lhe abrem, como, por exemplo, a tutela de valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente.

O Direito, não há dúvida, tem muito mais agilidade e facilidade ao lidar com a publicidade enganosa do que com a abusiva. É possível, pelo menos no plano teórico, traçar limites mais ou menos objetivos e precisos para aquela. Com esta, pelo menos até o presente momento, tal tarefa tem sido inglória. É por isso que se questiona, conforme nota David Harland, um dos maiores juristas da Austrália,

se o Direito deve ir além e proibir conduta que, embora não necessariamente enganosa, é, de qualquer modo, vista com objeção por ser abusiva contra os consumidores, ao tirar vantagem de sua falta de conhecimento ou poder de barganha, ao inibir, por outras vias, sua capacidade de escolha livre, ao ser, por outra forma, contrária aos valores comunitários.²⁴³

O art. 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor. Veja-se que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico.

[4.1] O CONCEITO DE PUBLICIDADE ABUSIVA - O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o de publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do Direito do Consumidor. Como bem demonstra Thierry Bourgoignie, hoje o mais completo e importante doutrinador do Direito do Consumidor

²⁴³ David Harland, "The legal concept of unfairness and the economic and social environment: fair trade, market law and the Consumer interest", in Eric Balate, org. Unfair advertising and comparative advertising, Bruxelles, E. Story-Scientia, s.d. p. 22.

em todo o mundo, a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesses dos concorrentes, e, com o desenvolvimento do mercado e de novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor.²⁴⁴

O Direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso. O Supremo Tribunal Federal americano tentou - sem muito sucesso - fixar alguns parâmetros esclarecedores. Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores.²⁴⁵

São esses novos valores que dão um contorno próprio à publicidade abusiva, distinto do traço de *enganosidade* da publicidade enganosa.

Quem pode negar que uma mensagem publicitária ofensiva ao meio ambiente carrega um potencial de dano para o consumidor? Quem pode contestar que um anúncio - mesmo que não enganoso - mas que abuse da deficiência de experiência de uma criança ou de um idoso também constitui um desvio das regras básicas do mercado de consumo?

A liberdade da atividade publicitária não pode, de fato, colidir "com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas".²⁴⁶ O Direito, então, cria, com o

²⁴⁴Thierry Bourgoignie, "La publicite déloyale et la publicité comparative: jalons d' une réflexion", in *Unfair advertising and comparative advertising*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 279.

²⁴⁵ FTC v. Sperry and Hutchinson Co., 405 U.S. 233 (1972).

²⁴⁶ Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos...*, cit., p. 82.

intuito de proteger o consumidor na sua dupla face existencial (como partícipe do mercado e como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais), mecanismos de controle para tais desvios publicitários.

Em conclusão, podemos dizer que, em publicidade, abusividade é noção distinta de enganosidade.²⁴⁷ Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e, nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo. Uma consequência que se extrai daí é que uma publicidade, mesmo que absolutamente veraz, pode vir, ainda assim, a ser proibida.

[4.2] ALGUNS EXEMPLOS DE PUBLICIDADE ABUSIVA - Conforme já salientado, o art. 37, § 2º, traz uma mera indicação enumerativa de casos de publicidade abusiva. Cabe aos aplicadores da lei - administradores e juízes - adaptarem o texto legal às práticas multifárias do mercado.

No CDC, ressaltamos antes, a abusividade foi tratada pelo legislador como “conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido na construção do caso concreto”.²⁴⁸ Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana.²⁴⁹ Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana,²⁵⁰ do trabalho,²⁵¹ do pluralismo político,²⁵² da solidariedade,²⁵³ do repúdio à violência²⁵⁴ e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade,²⁵⁵ da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas,²⁵⁶ da valorização

²⁴⁷ No mesmo sentido, cf. Fernando Gherardini Santos, *op. cit.*, p. 227.

²⁴⁸ Adalberto Pasqualotto, *op. cit.*, p. 139.

²⁴⁹ Cf. Vidal Serrano Nunes Júnior, *op. cit.*, p. 207.

²⁵⁰ Constituição Federal, art. 1º, inc. III.

²⁵¹ Constituição Federal, art. 1º, inc. IV.

²⁵² Constituição Federal, art. 1º, inc. V.

²⁵³ Constituição Federal, art. 3º, inc. I.

²⁵⁴ Constituição Federal, arts. 4º, inc. VI, e 227, *caput*.

²⁵⁵ Constituição Federal, art. 3º, inc. IV.

²⁵⁶ Constituição Federal, art. 5º, inc. X.

da família,²⁵⁷ da proteção ampla à criança, ao adolescente²⁵⁸ e ao idoso,²⁵⁹ da tutela enérgica da saúde,²⁶⁰ do meio ambiente,²⁶¹ do patrimônio histórico e cultural.²⁶²

[4.2.1] A PUBLICIDADE DISCRIMINATÓRIA - É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas.

[4.2.2] A PUBLICIDADE EXPLORADORA DO MEDO OU SUPERSTIÇÃO - A publicidade que se utiliza do medo ou superstição para persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço é abusiva. Para receber tal qualificação não se exige que a mensagem aterrorize, realmente, os consumidores. Basta que o anúncio faça uso desses recursos para que seja considerado ilegal.

[4.2.3] A PUBLICIDADE INCITADORA DE VIOLÊNCIA - Também não se admite a publicidade que incita à violência, seja do homem contra o homem, seja do homem contra os animais (e até contra bens, como os públicos, por exemplo).

Violência, aqui, é sinônimo de agressividade, de utilização de força bruta. Muitas vezes aparece como mensagens relacionadas com agressões, com lutas físicas, com a morte e com a guerra. É sempre abusiva e, por isso mesmo, proibida.

[4.2.4] A PUBLICIDADE ANTIAMBIENTAL - O meio ambiente, modernamente, passou a integrar a esfera de preocupação dos

²⁵⁷ Constituição Federal, art. 226.

²⁵⁸ Constituição Federal, art. 227.

²⁵⁹ Constituição Federal, art. 230.

²⁶⁰ Constituição Federal, art. 196.

²⁶¹ Constituição Federal, art. 225.

²⁶² Constituição Federal, art. 216.

consumidores. Já há toda uma linha de produtos “amigos do meio ambiente”. Dá-se destaque aos produtos biodegradáveis.

Nada mais compreensível, portanto, que incorporar tal visão ambiental no seio do Código. Foi essa a proposta que fiz à Comissão de Juristas e que hoje está no art. 37, § 2º.

É abusivo, por exemplo, o anúncio de uma motosserra em que o anunciante a testa em uma área protegida ou contra uma árvore centenária. Isso mesmo que nenhum conteúdo enganoso tenha a publicidade.

[4.2.5] A PUBLICIDADE INDUTORA DE INSEGURANÇA - Um dos subprincípios que integram o princípio da não-abusividade é o *princípio da inofensividade da publicidade*. Impede ele qualquer publicidade “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º, *in fine*). O Código de Auto-regulamentação Publicitária traz disposição semelhante (art. 33). O legislador brasileiro buscou inspiração no *Projet francês* (art. 47).

Em particular, ganha destaque a publicidade indutora de insegurança quando o seu destinatário é a criança.²⁶³

[4.2.6] A PUBLICIDADE DIRIGIDA AOS HIPOSSUFICIENTES - Não custa relembrar que são distintos os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da

²⁶³ Vejam-se alguns julgados da *Federal Trade Commission*: *In re AMF Inc.*, 95 FTC, 310 (1980) (crianças mostradas conduzindo suas bicicletas de modo inseguro); *In re Mego Int'l, Inc.*, 92 FTC, 186 (1978) (criança mostrada operando aparelho elétrico perto da água); *In re Uncle Ben's, Inc.*, 89 FTC, 131 (1977) (criança mostrada brincando perto de forno sem supervisão de adulto); *In re Hudson Pharmaceutical Corp.*, 89 FTC, 82 (1977) (anúncio de vitaminas para crianças).

periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores.

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

A utilização de crianças em publicidade é uma realidade no nosso País. Segundo estudo elaborado pelo conceituado jornal *O Estado de S. Paulo*, as crianças "somam mais de 14 milhões de consumidores ativos no Brasil. São a faixa de público mais exposta à publicidade na televisão".²⁶⁴

Ainda segundo o mesmo jornal,

para falar com esse público, ninguém melhor do que outra criança, que possua os mesmos referenciais, a mesma espontaneidade, que esteja na mesma faixa de sintonia. Somando-se essa necessidade aos comerciais nos quais o público-alvo é a mãe, uma consumidora facilmente atingível por uma criança que bem poderia ser a sua, temos no mercado brasileiro cerca de 50% da publicidade veiculada anualmente contando com a participação de atores e modelos mirins.²⁶⁵

²⁶⁴ *O Estado de S. Paulo*, Caderno Economia & Negócios, 6.4.90, p. 12.

²⁶⁵ *O Estado de S. Paulo*, Caderno Economia & Negócios, 6.4.90, p. 12.

O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.

Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores etc; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.²⁶⁶

A Câmara Internacional de Comércio, uma organização privada, com aberta simpatia pela indústria de publicidade, promulgou, em 1982, normas de orientação ao comportamento publicitário endereçado a crianças: a publicidade dirigida a crianças deve ser veraz e claramente identificável como tal; não deve aprovar a violência ou aceitar comportamentos que contrariem as regras gerais de comportamento social; não se pode criar situações que passem a impressão de que alguém pode ganhar prestígio com a posse de bens de consumo, que enfraqueçam a autoridade dos pais, contribuam para situações perigosas para a criança, ou que incentivem as crianças a pressionarem outras pessoas a adquirirem bens.

²⁶⁶ Estas, entre outras, são algumas das conclusões de um *green paper* que circulou no âmbito da CEE. Veja-se Ludwig Kramer, *EEC Consumer law*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 166.

Conforme depõe uma das mais conhecidas publicitárias do País, “as maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda”.²⁶⁷

[4.2.7] PUBLICIDADE ABUSIVA POR CORREIO ELETRÔNICO

- Não foi à toa que o legislador, no art. 37, § 2º, que caracteriza o que se deve entender por publicidade abusiva, utilizou a expressão “dentre outras”, com isso deixando aberto o rol de hipóteses publicitárias inaceitáveis, por violarem direitos e valores fundamentais do ser humano, consumidor ou não.

O mercado de consumo é extremamente veloz nas suas transformações. Assim, como já vimos, desenhar, em *numeras clausus*, uma lista de abusividade publicitária seria o mesmo que condenar a norma a, rapidamente, controlar o nada, deixando sem amparo o consumidor, afogado em universo de práticas em permanente mutação.

Spam é o nome vulgar, de origem anglo-saxônica, para “mensagem eletrônica comercial não solicitada”,²⁶⁸ ou seja, o envio, reiterado e de forma maciça, de mensagens indesejáveis, normalmente na forma de oferecimento de serviços ou produtos.²⁶⁹

Numa sociedade de consumo, em que a Internet está cada vez mais presente e ocupa lugar de destaque na vida dos consumidores, é compreensível o crescimento exponencial do *spam*, notadamente a partir de meados dos anos de 1990.²⁷⁰

²⁶⁷ Magy Imoberdorf, “A criação”, in *Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar*, São Paulo, Atlas, 1986, p. 166.

²⁶⁸ Ou, em inglês, “*unsolicited commercial e-mail*” (UCE).

²⁶⁹ Michael Froomkin, “Habermas@discourse.net: toward a critical theory of cyberspace”, in *Harvard Law Review*, 2003, vol. 116, p. 825.

²⁷⁰ No Direito Comparado, é crescente a literatura jurídica sobre o *spam*; cf. Ian Ayres & Matthew Funk, “Marketing privacy”, in *Yale Journal on Regulation*, 2003, vol. 20, p. 77 e segs.; John Magee, “The law regulating unsolicited commercial e-mail: an international perspective”, in *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 2003, vol. 19,

A explosão de *spam* explica-se por seu baixíssimo custo para o anunciante, bem como pelas novas tecnologias que facilitam a apropriação de endereços eletrônicos de indefesos consumidores.

Por que seria o *spam* publicidade abusiva?

Inicialmente, a prática envolve uma violação frontal da garantia constitucional da intimidade e da privacidade. A ninguém é dado o direito de interferir na vida privada do consumidor, exceto quando autorizado por lei (por exemplo, os bancos de dados de consumo) ou fundado em consentimento ativo (não vale o silêncio) do sujeito tutelado. Quanto mais público e massificado se faça o mercado de consumo, mais caro será ao consumidor - como cidadão que é - o seu espaço privado.

Demais disso, o *spam* faz letra morta da "liberdade de escolha", que é direito básico do consumidor,²⁷¹ liberdade de escolha esta que, entre outros aspectos, inclui a opção por não ser incomodado ou por ver preservados seus meios de comunicação pessoal contra mensagens indesejáveis.

Finalmente, o *spam* causa danos - diretos e indiretos, patrimoniais e morais - aos consumidores, que são obrigados a gastar tempo e dinheiro em atividades (por exemplo, apagar as mensagens indesejáveis) e técnicas (por exemplo, aquisição e instalação de programas anti-*spam*) de controle da prática abusiva.

Mas há outros prejuízos, de caráter indireto, que acabam por afetar os consumidores. Na medida em que o *spam* impõe aos provedores custos financeiros elevados (por exemplo, com a aquisição de *hardware*

p. 333 e segs.; Dannielle Cisneros, "Do not advertise: the current fight against unsolicited advertisements", in *Duke Law and Technology Review*, 2003, abril 29, p. 10 e segs.; Dianne Plunkett Latham, "Spam remedies", in *William Mitchell Law Review*, 2001, vol. 27, p. 1.649 e segs.; Sabra-Anne Kelin, "State regulation of unsolicited commercial e-mail", in *Berkeley Technology Law Journal*, 2001, vol. 16, p. 435 e segs.

²⁷¹ CDC, art. 6º, inc. II.

mais potente e a contratação de novos funcionários, para cuidar do tráfego mais intenso e do número crescente de reclamações dos usuários), tais percalços financeiros são, não há dúvida, repassados aos consumidores, que pagam dobrado, financeiramente e em incomodo, por uma prática que só interessa ao anunciante-intruso. Tudo sem falar que, em situações excepcionais, todo o sistema pode falhar, por sobrecarga das redes.

Assim visto, não há como negar ser o *spam* publicidade abusiva; sua massiva utilização não lhe nega tal qualidade; muito ao contrário, só demonstra como os implementadores são lentos na aplicação da lei a fenômenos de consumo novos.

É por essas e outras razões que quase 30 Estados norte-americanos já proibiram, com maior ou menor rigor, o *spam*. No Congresso dos Estados Unidos, vários projetos de lei, no mesmo sentido, estão em tramitação.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor dá resposta satisfatória, não só enxergando a prática como publicidade abusiva, como ainda, naqueles casos em que o *spam* não se mostre propriamente como um anúncio de produto ou serviço de consumo, caracterizando-o como prática abusiva, nos termos do art. 39, *caput* ("dentre outras práticas abusivas").

Também não se deve esquecer que, comumente, o *spam* vem contaminado com algum tipo de enganiosidade,²⁷² o que permitiria, nesse caso, a dupla imputação (civil, administrativa e penal) de publicidade abusiva e enganosa.

²⁷² Um estudo da FTC - *Federal Trade Commission* (agência de proteção do consumidor dos Estados Unidos), conduzido por sua Divisão de Práticas de *Marketing*, comprovou algum tipo de enganiosidade em pelo menos 66% de 1.000 *spams* examinados por amostragem: falsos remetente, assunto ou mesmo texto-conteúdo (cf. *Computer and Internet Lawyer*, 2003, julho, p. 34).

[5] A QUESTÃO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA - A publicidade comparativa não é um fenômeno generalizado no Brasil. Já nos Estados Unidos, ela representa algo em torno de 20% de todos os anúncios.²⁷³

O Código não vedou a publicidade comparativa. Ao contrário, todo o seu sistema como que a legitima. Requer-se para ela, como para todas as outras modalidades de publicidade, que respeite os princípios publicitários fundamentais, em especial o da veracidade e o da não-abusividade. Afinal, nenhuma modalidade de publicidade, e em especial a comparativa, pode repousar sobre alegações abusivas ou contrárias à verdade. Tampouco admite-se que, sob o nome de publicidade comparativa, o anunciante faça ataques pessoais ao seu concorrente, incapazes de serem comprovados com precisão. Assim quando o anúncio diz que o concorrente “não tem escrúpulos” ou é “especulador”.²⁷⁴

De qualquer maneira, a publicidade comparativa, além dos princípios gerais que informam toda atividade publicitária, tem algumas exigências particulares. Em primeiro lugar, o seu conteúdo deve ser objetivo, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral. A comparação deve ser feita entre elementos essenciais e verificáveis. Em segundo lugar, a comparação deve ser exata (aplicação específica do princípio da veracidade).

No Reino Unido e na Irlanda, nos passos do que sucede nos Estados Unidos e ao contrário do que ocorre em outros países europeus, a publicidade comparativa é lícita, sendo largamente praticada.

²⁷³ Mistrale Goudreau, “La publicite comparative au Québec: est-ce une faute de comparer?”, in *Revue Générale de Droit*, vol. 17, nº 3, 1986, p. 470.

²⁷⁴ Antoine Pirovano, “Publicite comparative et protection des consommateurs”, in *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique XLIX, 1974, p. 280.

Em síntese: a tendência atual é no sentido de permitir a publicidade comparativa desde que ela seja objetiva,²⁷⁵ isto é, que se mostre sem enganosidade ou abusividade, confrontando dados e características que não sejam de apreciação exclusivamente subjetiva.

Os dados constantes dos cadastros públicos de reclamações contra fornecedores (por exemplo, o número ou tipo de reclamações contra um concorrente) podem ser utilizados em publicidade comparativa.²⁷⁶ Aqui, inexistente qualquer risco para o anunciante, seja porque as informações são coletadas pelo próprio Estado, nos termos do dever imposto pelo art. 44, do CDC, seja porque, por isso mesmo, gozam de presunção de veracidade.

[6] CONTROLE DA PUBLICIDADE DE TABACO, BEBIDAS ALCOÓLICAS, AGROTÓXICOS, MEDICAMENTOS E TERAPIAS - Das várias modalidades publicitárias, *cinco* carreiam riscos extremados para a saúde das pessoas, o bem-estar da família e o meio ambiente: a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

[6.1] FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE - Por isso mesmo, o legislador constitucional, com inovação sem precedente em Constituições estrangeiras (ou mesmo nas nossas, anteriores a 1988), determinou que a lei estabeleça

os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem... da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, inc. II)

, acrescentando que esses tipos de anúncios deverão sujeitar-se “a restrições legais”, sem prejuízo, “sempre que necessário”, de “advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (art. 220, § 4º).

²⁷⁵ Francisco Pereira Coelho, “Rapport...”, cit., p. 23.

²⁷⁶ Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, art. 60, *in fine*.

A imposição constitucional, então, é clara e inafastável. O legislador ordinário, para bem cumprir o art. 220, §§ 3º e 4º, e reger tais hipóteses publicitárias específicas, deve instituir controle legal *complementar* (= mais rigoroso) ao previsto no CDC, que, como é óbvio, regula a generalidade da matéria. Em outras palavras, há de ser regime jurídico mais assegurador do que o aplicável à publicidade Comum, na sua acepção como relação de consumo. Nessa linha de raciocínio, o sistema do CDC caracteriza-se por ser um verdadeiro *piso mínimo* de tutela do consumidor.

Por conseguinte, as “restrições legais”, referidas no art. 220, § 4º, agregam natureza, objetivos e alcance diversos das normas requisitadas pelo constituinte para a proteção, em outros campos do mercado, do consumidor, neste último caso pela letra expressa do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.²⁷⁷ Em síntese, o CDC salvaguarda a universalidade dos destinatários da publicidade dos produtos e serviços em geral, elencando princípios, padrões e reprimendas, entre os quais a condenação da oferta enganosa ou abusiva.

Finalmente, é sempre oportuno lembrar que o juiz, ao vislumbrar tratamento administrativo insatisfatório do tema, deve, nos termos do art. 102, *caput*, do CDC, determinar ao Poder Público que atue com maior rigor na sua disciplina.

[6.2] LIBERDADE E ABUSO NA PUBLICIDADE DE TABACO -
Estão mais do que comprovados - e hoje até são reconhecidos pela indústria - os graves riscos do tabaco para a saúde, bem como seus efeitos devastadores nas contas do Poder Público, resultado de despesas

²⁷⁷ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.”

com tratamentos médicos prolongados e sacrifício de mão-de-obra.²⁷⁸ Não obstante tudo isso, na nossa sociedade, fumar é visto como um ato de escolha pessoal - escolha esta que, por acarretar danos pessoais e sociais, não pode ser estimulada, muito menos por práticas agressivas de *marketing*, que atingem, simultaneamente, fumantes e, mais do que tudo, não-fumantes; pior, entre estes, crianças e jovens, o “mercado do futuro”.

Sabe-se que a liberdade precisa de regras, de um mínimo de organização. Infelizmente, por vezes confunde-se liberdade com ausência absoluta de controle, embora este seja necessário para garantir a existência daquela.

No âmbito da relação jurídica de consumo, foi esse o espírito do legislador constitucional de 1988, ao estabelecer, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), além de condicionar a legitimidade da ordem econômica (= atividade econômica) à observância estrita de certos princípios, entre os quais a defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Mais amplamente, a Constituição assegura “a inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, *caput*), e é exatamente disso que cuidamos no tema da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos.

Dáí a tendência, em todo o mundo, primeiro nas grandes democracias da Europa e América do Norte, no sentido de restringir, formal e substantivamente, a publicidade de tabaco. Aliás, diversos países vedam, por inteiro, qualquer publicidade de tabaco. Não foi esse o caminho escolhido pelas Leis nº 9.294/96 (Lei Murad) e 10.167/2000 (Lei

²⁷⁸ Não convence o argumento dos fabricantes de que o Estado é o maior beneficiário da produção e comercialização de tabaco, principalmente através do recolhimento de tributos. Ora, aqui, como em outras situações assemelhadas (de produtos e serviços perigosos), os impostos não são pagos em compensação por danos futuros causados aos cofres públicos. Se assim fosse, teríamos uma clara hipótese de falsa tributação do setor, já que o que se pagaria como imposto na verdade seria um adiantamento de gastos estatais com a perda de mão-de-obra dos seus cidadãos e com hospitalizações e serviços médicos em geral. O imposto seria, então, um não-imposto, isto é, uma indenização.

Serra), que preferiram refrear com vigor tal forma publicitária, sem, entretanto, proibi-la em toda e qualquer hipótese.

Por isso mesmo, alguns especialistas em saúde pública criticaram a Lei Serra, entendendo que, por se tratar de produto comprovadamente nocivo, não poderia ser objeto de nenhum tipo de publicidade, técnica comprovadamente empregada para aumentar o número de fumantes e o consumo entre eles. A crítica é improcedente. A Lei Serra reconheceu o óbvio, ao admitir a publicidade de tabaco na parte interna dos locais de venda: nesses ambientes fechados tem o Poder Público um mínimo de segurança de que o público atingido será composto de fumantes (presunção relativa, cuja exatidão só estudos empíricos futuros demonstrarão). Ora, o objetivo principal da legislação foi exatamente evitar a exposição, descabida e desnecessária, de não-fumantes (em especial jovens) a anúncios que, segundo a própria indústria, seriam dirigidos apenas aos já fumantes, para fins de, no contexto concorrencial, familiarizá-los com novas marcas. E tal desiderato comercial é alcançado pelos mecanismos adotados no texto legal.

[6.3] A LEI MURAD - Com o espírito de cumprir a determinação constitucional, o Congresso Nacional, em 1996, após tumultuada e difícil tramitação, aprovou a Lei nº 9.294, de 15.7.96 (Lei Murad), disciplinadora do art. 220, § 4º, da Constituição Federal.

A lei, apesar de suas boas intenções, foi vítima do irresistível *lobby* da indústria de tabaco (grande anunciante), agências de publicidade, veículos de comunicação e promotores de atividades culturais. Em vez de, conforme obriga a Constituição, realmente controlar os anúncios fumígenos, com a imposição de restrições efetivas, a Lei Murad acabou por “legalizar” a publicidade de tabaco e seus abusos. Cabe citar, mesmo que brevemente, algumas de suas impropriedades, quase

todas agora corrigidas pela Lei Serra (exceção feita à publicidade de estilo de vida, como veremos adiante).

Sua primeira falha residia na ausência absoluta de controle das modalidades de mídia utilizadas pelos anunciantes. Na lei - tirante uma tímida restrição de horário de veiculação²⁷⁹ - a publicidade na televisão e rádio ficava completamente liberada, desde que respeitados mínimos requisitos de conteúdo, aplicáveis a outras modalidades de veículos também (advertência de riscos, por exemplo). Ora, não é necessário ser especialista para concluir que o impacto da televisão e do rádio sobre crianças e jovens é gigantesco e incontrolável.

Além disso, a lei não disciplinou os *anúncios de estilo de vida*, os mais elaborados e inteligentes, pois passam sua mensagem de forma eficazmente insinuante e disfarçada. São os anúncios que vinculam comportamentos (p. ex., o ar despojado e de irresponsabilidade juvenil do *Free*) e *status* (p. ex., a sofisticação do *Carlton*) ao ato de fumar.

Mais especificamente, no que tange ao apelo direto às crianças e jovens em geral, o texto legal deixou incólume o uso de quadrinhos (o camelo de *Camel*), linguagem e visual normalmente associados a publicações infantis.

Finalmente, a lei tolerou, por um artifício de redação (a referência a "esportes olímpicos"), anúncios vinculados à prática de esportes *radicais*, de inegável apelo entre crianças e adolescentes. Essa brecha foi utilizada, de forma agressiva, por marcas como *Hollywood* e *Marlboro*.

²⁷⁹ 281 O art. 3º, *caput*, agora modificado pela Lei Serra, previa que: "A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas." Tão inócua e generosa era a restrição que os anunciantes, voluntariamente, resolveram ampliá-la em 30 minutos, pois coincidia com o período da novela das oito, da TV Globo, com grande número de expectadores menores de 18 anos. Na edição anterior destes *Comentários*, eu perguntava: "Qual o menor que hoje, mesmo no Brasil rural, vai dormir as 21:00 horas?"

Por tudo isso, o ministro da Saúde, José Serra, preocupado com o crescimento do número de fumantes entre crianças e adolescentes, trouxe a si a tarefa de consertar as imperfeições da Lei Murad, ajustando-a ao regime exigido pela Constituição Federal. Esta a origem da Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que, nos termos de sua ementa, “altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996”.

[6.4] A LEI SERRA - Enfrentando extraordinárias resistências de toda ordem, o ministro José Serra logrou aprovar, no Congresso Nacional, a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000.

Ao contrário da Lei Murad, de conteúdo mais amplo, a Lei Serra cuida apenas da publicidade de tabaco, limitando-se a alterar os arts. 2º, 3º e 9º daquela, acrescentando, ademais, um novo art. 3º-B. São, contudo, modificações profundas.

[6.5] CONTROLE TRÍPLICE DA ADEQUAÇÃO LEGAL DA PUBLICIDADE DE TABACO, BEBIDAS ALCOÓLICAS, AGROTÓXICOS E MEDICAMENTOS - Segundo a nova redação do art. 9º, *caput*, da Lei Murad, o anunciante sujeita-se a *triplo* regime jurídico de proteção do interesse público. São três éticas diferenciadas, mas relacionadas, que levam em conta a existência de bens jurídicos distintos:

- como consumidor, real ou potencial, do produto (CDC);
- como usuário do espaço público (legislação de telecomunicações);
- como pessoa humana e família (Lei nº 9.294/96).

Ou seja, um anúncio, ainda que em conformidade com os parâmetros da Lei nº 9.294/96, pode vir a ser considerado enganoso ou abusivo, por desrespeito ao CDC e ao espírito da norma constitucional. De outra parte, o dispositivo legal quer dizer que uma conduta ilícita pode dar

ensejo a mais de uma atuação do poder de polícia, tantas quanto forem as esferas de valores jurídicos legalmente tutelados. Por um mesmo ato, o infrator pode ser punido por violação dos deveres do CDC, da legislação de telecomunicações e da Lei Murad, nem que se caracterize *bis in idem*.

[6.6] REGRA GERAL DE RESTRIÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO NA PUBLICIDADE DE TABACO - A norma geral da lei é que a publicidade de tabaco só será admitida “através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda”.²⁸⁰ A *contrario sensu*, pois, está vedada a publicidade em qualquer outro meio, incluindo televisão, rádio, jornais, revistas, *outdoors* e Internet.

Demais disso, os pôsteres, painéis e cartazes devem estar afixados “na parte interna dos locais de venda”. Mas o que se entende por “locais de venda” para fins legais? Um supermercado, um parque infantil, uma barraca na festa da padroeira, um balcão do clube de campo, um carrinho de sanduíche e de refrigerantes, uma sorveteria, um fliperama?

É evidente que “locais de venda”, na acepção da lei, são estabelecimentos fixos, permanentes e exclusivamente destinados à comercialização de produtos fumígenos: são as tabacarias e locais assemelhados. A se entender de modo diverso, perder-se-ia o objetivo da lei, que foi o de impedir a exposição de não-fumantes (em particular crianças e adolescentes) aos anúncios em questão. Ora, em um supermercado transitam centenas, quando não milhares de pessoas não-fumantes por dia; em estabelecimentos dessa natureza, os anúncios só podem ser afixados quando os produtos referidos pela Lei Serra estejam isolados, inclusive visualmente, do resto das mercadorias oferecidas; e só na parte interna da área isolada é que os anúncios podem ser expostos.

²⁸⁰ Novo art. 3^a, *caput*, da Lei Murad, conforme redação dada pela Lei Serra.

[6.7] LIMITES DE CONTEÚDO NA PUBLICIDADE DE TABACO -

Além de impor limites na forma e meios de divulgação dos anúncios de tabaco, a Lei Serra modificou os requisitos de conteúdo, antes estabelecidos pela Lei Murad.

Estão proibidos os anúncios que:

- a) sugiram o consumo exagerado ou irresponsável;²⁸¹
- b) induzam ao bem-estar ou saúde;²⁸²
- c) façam associação a celebrações cívicas ou religiosas;²⁸³
- d) atribuam propriedades calmantes ou estimulantes, ou que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;²⁸⁴
- e) associem imagens de maior êxito sexual, em especial através de insinuações do aumento de virilidade ou feminilidade;²⁸⁵
- f) vinculem o produto a esportes - olímpicos ou não;²⁸⁶
- g) sugiram ou induzam o consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;²⁸⁷

²⁸¹ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. I.

²⁸² Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. I.

²⁸³ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. I.

²⁸⁴ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. II.

²⁸⁵ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. III.

²⁸⁶ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. IV, com a nova redação dada pela Lei Serra.

Aqui, como visto, estava uma das grandes falhas da Lei Murad, agressivamente utilizada em seu favor pela indústria. Na medida em que a lei falava em "esportes olímpicos", entendia-se que os chamados esportes "radicais" (*rectius*, não olímpicos) podiam ser associados ao ato de fumar. *Hollywood e Marlboro* foram as duas marcas que mais fizeram uso dessa interpretação, com anúncios de ralis, aventuras, asa-delta e esportes náuticos não olímpicos.

O texto original do Projeto Serra não retificava a omissão. Emenda por mim redigida, em nome do Ministério Público de São Paulo, foi apresentada, em plenário, pelo deputado José Antônio Almeida, do PSB do Maranhão. Esta a origem do atual inc. IV.

²⁸⁷ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. IV; a expressão "abusivas" também foi acrescentada pela nossa emenda; pela sua abrangência, terá, com certeza, larga aplicação no controle dos anúncios de tabaco.



h) empreguem imperativos que induzam diretamente ao consumo;²⁸⁸

i) incluam a participação de crianças ou adolescentes.²⁸⁹

[6.8] A PUBLICIDADE DE ESTILO DE VIDA - Infelizmente, a Lei Serra não proibiu os anúncios de tabaco que vinculam o produto a certos estilos de vida, como a sofisticação, a beleza física, atitudes e comportamentos sociais.

Apesar dessa liberação implícita, tais anúncios ainda podem ser controlados pelo CDC, seja pelo critério da enganosidade, seja pelo prisma da abusividade.

[6.9] OUTRAS PROIBIÇÕES - Além da publicidade *stricto sensu*, a Lei Serra restringiu também as chamadas *promoções de venda*, poderoso instrumento de *marketing*.

Estão proibidos, de forma genérica, os brindes e amostras.²⁹⁰ As visitas promocionais são permitidas, exceto em estabelecimento de ensino ou local público.²⁹¹ Ou seja, tais visitas estão vedadas em aeroportos, rodoviárias, parques públicos; nessa linha, as visitas domiciliares não sofreram impedimento, desde que direcionadas aos fumantes.

²⁸⁸ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. V.

²⁸⁹ Lei Murad, art. 3º, § 1º, inc. VI, com a nova redação dada pela Lei Serra; o texto original da Lei Murad trazia outra grave imprecisão, pois limitava-se a proibir a utilização de crianças ou adolescentes nos anúncios com “radiodifusão de sons ou de sons e imagens”; nas mesmas hipóteses vedava que os anúncios fossem a eles dirigidos. Vale dizer, ficava a indústria liberada para usar crianças e menores em qualquer modalidade de publicidade, exceto naquela veiculada pelo rádio e tv. Diante de tamanho absurdo, até a indústria preferiu ignorar o benefício conferido pelo legislador.

²⁹⁰ Lei Murad, art. 3º, inc. II (com a nova redação da Lei Serra).

²⁹¹ Lei Murad, art. 3º, inc. IV (com a nova redação da Lei Serra).

Relevante dispositivo é o que proíbe o uso de *merchandising* na publicidade de tabaco.²⁹² Trata-se de uma das formas mais perniciosas de publicidade, pois ofende o princípio da identificação do anúncio, previsto no art. 36, *caput*, do CDC. Para saber se o uso do produto em uma novela ou filme foi espontâneo ou é *merchandising*, basta perguntar: houve remuneração, direta ou indireta, por parte do anunciante ou da agência de publicidade?

[6.10] PATROCÍNIO DE ATIVIDADE CULTURAL OU ESPORTIVA

- A Lei Serra vedou o patrocínio de atividade cultural ou desportiva pela indústria de tabaco.²⁹³ Mas, sensível ao *lobby* de pilotos de Fórmula 1 e Indy, assim como de atores e cantores, a lei abriu uma exceção: a proibição só entraria em vigor em 1º de janeiro de 2003, desde que se tratasse de evento desportivo “internacional” ou cultural (neste caso, poderia ser nacional) e que se utilizasse somente a marca do produto ou fabricante.²⁹⁴

O argumento utilizado pelos defensores da exceção era que muitos contratos de patrocínio haviam sido firmados e estavam sendo firmados naquele exato momento. Uma proibição, sem norma de transição, ofenderia o ato jurídico perfeito.

[6.11] SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - A Lei Murad, no art. 9º, trata das sanções administrativas cabíveis na hipótese de infração aos requisitos impostos à publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos.

²⁹² Lei Murad, art. 3º, inc. VII (com a nova redação da Lei Serra).

²⁹³ Lei Murad, art. 3º, inc. V (com a nova redação da Lei Serra).

²⁹⁴ Lei Murad, art. 3º, parágrafo único (com a nova redação da Lei Serra).

Como já aludido, as punições administrativas serão aplicadas em concurso material com outras previstas no CDC e na legislação de telecomunicações.²⁹⁵

É ampla a definição de “infrator” na Lei Serra, que, nesse ponto, alterou a Lei Murad:²⁹⁶

Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, *toda e qualquer pessoa natural ou jurídica* que, de forma *direta ou indireta*, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação.²⁹⁷

Inclui, portanto, além do próprio anunciante, sua agência e veículo de comunicação; o funcionário público que autoriza ou licencia a atividade irregular; o explorador do ponto ou local de venda; a gráfica e o distribuidor de revistas e publicações; artistas, desportistas e seus empresários envolvidos, dentre outros.

As sanções da lei podem ser aplicadas pelas autoridades sanitárias municipais e por várias outras de caráter federal. Esqueceu-se o legislador dos órgãos sanitários estaduais. Como é curial, nos termos da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública”.²⁹⁸ No mesmo sentido, afirma a Constituição que incumbe ao Sistema Único de Saúde (integrado pela União, Estados e Municípios) “executar as ações de vigilância sanitária”²⁹⁹ e “participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e

²⁹⁵ Diz a Lei Murad, agora com a redação da Lei Serra, que as suas sanções serão aplicadas “sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações” (art. 9º, *caput*).

²⁹⁶A Lei Murad, de forma minimalista, definia infrator como “os Responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado” (art. 9º, § 3º). Em tal formulação restritiva, só três seriam os sujeitos ativos da infração: o fabricante, a agência e o veículo.

²⁹⁷ Lei Murad, art. 9º, § 3º (com a nova redação da Lei Serra), grifo nosso.

²⁹⁸ Constituição Federal, art. 23, inc. II.

²⁹⁹ Constituição Federal, art. 200, inc. II.

produtos psicoativos, *tóxicos* e radioativos”.³⁰⁰ Assim, não obstante o silêncio da Lei Serra, é de se entender que os órgãos sanitários estaduais podem implementar o diploma em análise.

Por outro lado, não custa lembrar que se a opção for pela utilização das sanções do CDC, estão legitimados a aplicá-las todos os três níveis federais.

[7] A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA, DO VEÍCULO E DA CELEBRIDADE - Quem responde pelos desvios da publicidade? Como regra, o anunciante, ou a quem o anúncio aproveita, e tal se dá em bases de responsabilidade objetiva.

Não se exclui, porém, considerando-se a regra geral da solidariedade adotada pelo CDC, a responsabilidade da agência e do próprio veículo. Para esses agentes do fenômeno publicitário, adotamos, como veremos em seguida, a tese da *responsabilidade solidária limitada*.

O anunciante, como já dito, é responsabilizado, no plano cível, objetivamente³⁰¹ pela publicidade enganosa e abusiva, assim como pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária.

Já a agência e o veículo só são co-responsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo em sede civil. É importante, contudo, ressaltar que, no Direito brasileiro, há forte e abalizada corrente - liderada por Nelson Nery Júnior, Jorge Paulo Scartezzini Guimarães, José Antônio de Almeida e Rizzatto Nunes - que prega a responsabilidade civil objetiva também para a agência, o veículo e a celebridade, sob o tentador argumento de que a responsabilização de tais sujeitos deve ser realizada “com base nas normas de defesa do consumidor e assim, se existir responsabilidade, esta é objetiva, ou seja, *‘qui casse les verres les*

³⁰⁰ Constituição Federal, art. 200, inc. VII, grifo nosso.

³⁰¹ Diz Rizzatto Nunes: “A responsabilidade do anunciante, de sua agência e do veículo é objetiva” (*op. cit.*, p. 454).

paye".³⁰² É compreensível que se dê à agência tratamento diverso do anunciante.

[8] A CONTRAPROPAGANDA - A contrapropaganda (*pubblicità correttiva*, *contre-publicité* ou *annonces rectificatives* e *corrective advertising*, dos italianos, franceses e americanos, respectivamente) é o terror de qualquer anunciante.

Sempre a expensas do infrator, efetua-se como divulgação no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário. Vem expressamente prevista no Código. Seu objetivo é fulminar a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, mesmo após a cessação de sua veiculação.

A expressão é, sem dúvida, inadequada. Dever-se-ia falar em contra publicidade e não em contrapropaganda. O uso, contudo, impôs em detrimento da técnica. A contrapropaganda nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva. Seu objetivo é "lavar" a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando, dessa forma, a realidade dos fatos.

Não basta que o legislador limite-se a proibir a publicidade enganosa e a abusiva. Para que uma mensagem seja considerada ilícita, seja pelo juiz, seja pelo administrador, exige-se que tenha sido veiculada pelo menos uma vez. Afinal, o Poder Público ainda não tem o dom de adivinhar qual o conteúdo da mensagem que o anunciante pretende fazer chegar aos consumidores. Daí que, por mais ágeis que sejam as providências legais, a mensagem, enganosa ou não, já terá alcançado parcela do público. Sua retirada, nessas condições, serviria para evitar

³⁰² Cf. Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *op. cit.*, p. 194-195.

enganos ou abusos futuros, mas não para apagar a captação pretérita já consumada. Só um instrumento se presta a tal: a contrapropaganda.

Como preciosamente ensina Gabriel A. Stiglitz, o jurista do consumerismo argentino, ainda firmando-se no Direito tradicional da Argentina, ou seja, no art. 1.083, do Código Civil,

sem prejuízo do ressarcimento pecuniário dos danos e prejuízos correspondentes... a reposição das coisas ao estado anterior poderá ser ordenada na condenação judicial mediante o emprego de técnicas de *contrapublicidad*, impondo-se a divulgação, às custas do responsável, de *anúncios retificativos* da falsidade dos primitivos.³⁰³

A melhor justificativa para a providência foi dada pela *Federal Trade Commission*, na decisão Warner-Lambert:

Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano claro e contínuo contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de pôr fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam.

Art. 38. O ônus da prova [4] da veracidade e correção [3][6][7] da informação ou comunicação publicitária cabe [5] a quem as patrocina. [1][2]

COMENTÁRIOS

[1] A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PUBLICIDADE - O dispositivo refere-se ao *princípio da inversão do ônus da prova* que informa a matéria publicitária.

³⁰³ Gabriel A. Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 81.

A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção.

A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

A *ratio* do dispositivo é fácil de compreender. Na precisa lição de Thereza Alvim, se pretendesse o legislador deixar a cargo do consumidor a prova da enganosidade e abusividade do anúncio, “já teria criado um obstáculo, quase intransponível, para que pudesse ele ir a juízo”.³⁰⁴ A inversão, aqui, “está em harmonia com a obrigação de o fornecedor manter em seu poder e informar aos legítimos interessados os dados técnicos, científicos e fáticos ligados à mensagem publicitária”,³⁰⁵ nos termos do art. 36, parágrafo único, do CDC.

[2] A FONTE DO DISPOSITIVO - O dispositivo tem suas raízes no texto original que resultou na Diretiva nº 84/450, da CEE. Lá estava dito que, “sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo” (art. 6º).

No Direito Comparado há precedentes. Na Suécia, por exemplo,

o ônus da prova é invertido: cabe ao fornecedor demonstrar que suas afirmações são verdadeiras, tendo ele as mesmas responsabilidades quanto a testemunhos e endossos de outrem por ele utilizado em seu *marketing*. Tal regra é o resultado de considerações de ordem tanto prática como política. O anunciante, mais que outros, quase sempre terá melhor acesso à documentação referente à sua afirmação, por razões óbvias. O efeito do preceito, naquelas situações

³⁰⁴ Thereza Alvim *et al.*, *op. cit.*, p. 210.

³⁰⁵ Alexandre David Malfatti, *op. cit.*, p. 300.

em que o anunciante não tem, naturalmente, acesso à documentação, é forçá-lo a obtê-lo antes de iniciar sua campanha publicitária. Ademais, a regra tem como resultado a eliminação de um ônus desnecessário dos implementadores, evitando-se, assim, demoras procedimentais inúteis que, do contrário, acompanhariam a tarefa de se conseguir acesso à documentação. Remove-se, dessa forma, completamente, a necessidade de prova de que as afirmações *não são verazes*.³⁰⁶

[3] A EXTENSÃO DA INVERSÃO - Ao fornecedor é lícito fazer prova exoneratória quanto ao caráter enganoso ou abusivo de sua comunicação publicitária. Mas, como já demonstramos, uma vez que a publicidade seja considerada desconforme, não pode ele se exonerar provando que agiu de boa-fé. Esta, mostramos, é irrelevante na sua responsabilização civil.

[4] OUTRAS HIPÓTESES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA - Se é certo que a inversão da carga probatória, na forma do art. 38, é obrigatória para o juiz, tal não quer dizer que não lhe caiba, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos, inverter o ônus da prova com base no art. 6º, inc. VIII, em relação a outros fatos que devam ser provados em eventual ação cível do consumidor.

Assim, o juiz pode (melhor, deve), nos casos em que a alegação do consumidor for verossímil ou for ele hipossuficiente (art. 6º, VIII), inverter o ônus da prova em seu favor, por exemplo, quanto ao nexo causal ou ao dano em si mesmo considerado,³⁰⁷ tão difícil de provar em sede publicitária, diante da difusidade dos interesses e bens protegidos.

[5] DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DA INVERSÃO - A inversão da prova, no art. 38, vimos, é *ope legis*,

³⁰⁶ Ulf Bemitz & John Draper, *op. cit.*, p. 133, grifo no original.

³⁰⁷ Cf. no mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários ao Código de Proteção do consumidor*, coordenação de Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 165.

independendo de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ela se manifestar, seja no saneador ou momento posterior.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto pioneiro do desembargador Aldo Magalhães, assim decidiu:

Ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o art. 38 incisivamente faz recair sobre quem a patrocina, sem condicioná-lo ao critério do juiz. Entender que o juiz, no caso do art. 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivale a entender que também deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 333 do Código de Processo Civil.³⁰⁸

[6] O DECRETO REGULAMENTADOR - Já vimos que o CDC inverteu o ônus da prova em sede de publicidade enganosa (violação do princípio da veracidade), abusiva (desrespeito ao princípio da não-abusividade) e de outros princípios regentes da matéria (como os da identificação e da transparência da fundamentação publicitária).

Nessa linha, o Decreto nº 2.181, de 20.3.97, que regulamenta o CDC, não deixa dúvidas, ao estampar dispositivo por mim proposto: "O ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."³⁰⁹

³⁰⁸TJSP 150 9ª Câmara Civil; Ap. Cível nº 255.461-2-6-São Paulo; rel. des. Aldo Magalhães; j. 6.4.95; v.u., in AASP nº 1911, 9 a 15.8.95, p. 222-j.

³⁰⁹Art. 14, § 3º.

[7] CONTEÚDO DA INVERSÃO - O art. 38 cuida da inversão do ônus da prova somente da veracidade e não-enganosidade.

O dispositivo não se aplica a eventual dolo ou culpa no comportamento do anunciante, pois, como já vimos ao tratarmos do art. 37, a hipótese é de responsabilidade civil objetiva; assim sendo, não há o que o consumidor provar ou o fornecedor se exonerar em tal campo. O legislador, de modo inafastável, já dispensou qualquer prova, num ou noutro pólo da relação jurídica processual, acerca da culpabilidade do fornecedor.

Outros componentes ou circunstâncias da relação obrigacional (por exemplo, o dano) também podem ter o ônus da prova invertido, só que por decisão judicial, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Seção IV

DAS PRÁTICAS ABUSIVAS

1. As práticas abusivas no Código

Na Exposição de Motivos do segundo substitutivo do deputado Geraldo Alckmin Filho, assim escrevi:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

2. O conceito de prática abusiva

São práticas as mais variadas e que, no Direito norte-americano, vêm reputadas como *unfair*. Como *práticas* (= atividade) comportam-se como gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie. Um conceito fluido e flexível. Por isso mesmo, o legislador e os próprios juízes têm tido mais facilidade em lidar com o conceito de enganiosidade do que com o de abusividade.

Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São - no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz - "condições irregulares de negociação nas relações de consumo",³¹⁰ condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.

Não se confunde com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.

³¹⁰ Gabriel A. Stiglitz, *op. cit.*, p. 81.

Como se vê, as práticas abusivas não estão regradas apenas pelo art. 39. Diversamente, espalham-se por todo o Código. Desse modo, são práticas abusivas a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a comercialização de produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º), o não-emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), a ausência de informação, na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante (art. 32), a veiculação de publicidade clandestina (art. 36) e abusiva (art. 37, § 2º), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51).

Tampouco limitam-se ao Código de Defesa do Consumidor. Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos empresariais que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código. Por conseguinte, entre outras, são práticas abusivas as atividades regradas nos arts. 5º (incs. II e III), 6º (incs. I, II e III) e 7º (incs. I, II, III IV, V, VII e IX), da Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de consumo).

3. Classificação

As práticas abusivas podem ser classificadas com base em diversos critérios.

Pelo prisma do momento em que se manifestam no processo econômico, são *produtivas* ou *comerciais*. Assim, por exemplo, é prática produtiva abusiva a do art. 39, VIII (produção de produtos ou serviços em desrespeito às normas técnicas), sendo comerciais aquelas previstas nos outros incisos do mesmo dispositivo.

Tomando como referencial o aspecto jurídico-contratual, não mais o econômico, as práticas abusivas podem ser *contratuais* (aparecem no interior do próprio contrato), *pré-contratuais* (atuam na fase do ajustamento contratual) e *pós-contratuais* (manifestam-se sempre após a contratação). São práticas abusivas pré-contratuais aquelas estampadas nos incs. I, II e III do art. 39, assim como a do art. 40. De outra forma, é pós-contratual a prática abusiva do art. 39, VII (repasse de informação depreciativa sobre o consumidor), e também todas aquelas relativas à falta de peças de reposição (art. 32) e à cobrança de dívidas de consumo (art. 42). Finalmente, é prática abusiva contratual a do art. 39, IX (não-fixação do prazo para cumprimento da obrigação) e todas as outras previstas no art. 51 (cláusulas contratuais abusivas).

Em adição à lista exemplificativa do art. 39, em particular ao seu inc. III (entrega de produto ou serviço não solicitado), também são reputados abusivos todos os métodos comerciais coercitivos (art. 6º, IV), assim como todas as tentativas de acionar o consumidor em jurisdições longínquas.

As vendas fora do estabelecimento comercial são normalmente utilizadas como forma de comercialização coercitiva - abusiva, portanto - de produtos e serviços. Daí a importância do prazo de arrependimento (*cooling-off period*) fixado no art. 49.

4. A impossibilidade de exaustão legislativa

Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que buscamos, no seio da comissão, deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete.

A dificuldade, como parece evidente, não é somente do legislador brasileiro. Já em 1914, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, em relatório sobre o *Federal Trade Commission Act*, assim se manifestou:

É impossível a composição de definições que incluam todas as práticas abusivas. Não há limite para a criatividade humana nesse campo. Mesmo que todas as práticas abusivas conhecidas fossem especificamente definidas e proibidas, seria imediatamente necessário recomeçar tudo novamente. Se o Congresso tivesse que adotar a técnica da definição, estaria trazendo a si uma tarefa interminável.³¹¹

Três janelas - uma implícita e duas explícitas - foram, então, introduzidas para dar flexibilidade ao preceito. Três, sim, porque, já àquela época, pressentíamos a possibilidade de que uma das janelas expressas, a mais evidente, exatamente a do art. 39, X, fosse barrada ainda no Congresso Nacional ou mesmo através de veto presidencial. A primeira indicação de que *toda e qualquer* prática abusiva deve ser coibida vem no art. 6º, IV. A segunda, também indicativa do caráter enumerativo do art. 39, estava prevista no seu inc. X, vetado. A terceira, implícita, mostrando igualmente que o dispositivo é flexível, está no próprio corpo do preceito, e decorre da utilização de conceitos extremamente fluidos como os estampados nos incs. IV e V.

5. As sanções

A violação dos preceitos referentes às práticas abusivas não mais se sujeita à sanção civil prevista no art. 45, que foi vetado.

Além de sanções administrativas (*v.g.*, cassação de licença, interdição e suspensão de atividade, intervenção administrativa) e penais, as práticas abusivas detonam o dever de reparar. Sempre cabe

³¹¹ H. R. Rep. nº 1.142, 63d Cong., 2d Scss. 19(1919).

indenização pelos danos causados, inclusive os morais, tudo na forma do art. 6º, VII.

O juiz pode, também, com fulcro no art. 84, determinar a abstenção ou prática de conduta, sob a força de preceito cominatório.

Finalmente, as práticas abusivas, quando reiteradas, impõem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28). A utilização de prática abusiva caracteriza ora abuso de direito,³¹² ora excesso de poder, ora mera infração da lei. Em todos esses casos, o mercado precisa ser saneado, em favor do consumidor, bem como em benefício da concorrência.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras [1] práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; [2]

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; [3]

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; [4]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; [5]

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [6]

³¹² Sobre abuso de direito, cf. o excelente trabalho de Heloísa Carpena, *Abuso do Direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; [7]

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; [8]

VIII — colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO; [9]

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;³¹³ [10]

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;³¹⁴ [11]

XI - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;³¹⁵ [12]

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.³¹⁶ [13]

³¹³ Com a redação dada pelo art. 87, da Lei nº 8.884, de 11.6.94, que cuida do abuso de poder econômico (*Diário Oficial da União*, de 13.6.94).

³¹⁴ Com a redação dada pelo art. 87, da Lei nº 8.884, de 11.6.94, que cuida do abuso de poder econômico (*Diário Oficial da União*, de 13.6.94).

³¹⁵ Dispositivo alterado pela Lei nº 9.870, de 23.11.99, que acrescentou o inc. XIII, mantendo a mesma redação.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

COMENTÁRIOS

[1] O ELENCO EXEMPLIFICATIVO DAS PRÁTICAS ABUSIVAS - O presidente da República, cedendo nesse ponto ao poderoso *lobby* empresarial contrário ao CDC, vetou o então inc. X do texto legal, que dispunha: “praticar outras condutas abusivas”.

Como vimos, em tese o prejuízo seria nenhum, diante de duas *janelas ampliativas* (= cláusulas gerais), que permaneceram no Código (arts. 6º, inc. IV, e 39, incs. IV e V), garantindo, assim, que o rol de práticas abusivas estivesse legalmente posto de maneira exemplificativa. Entretanto, segmento da doutrina passou a defender que o veto conferia ao art. 39 um caráter de *numerus clausus*, argumento este que, visivelmente, ao excluir um vastíssimo campo de práticas maléficas ao mercado de consumo, favorecia os fornecedores despreocupados com a proteção do consumidor.

Por isso mesmo, por ocasião da revisão que fiz, a pedido do então secretário nacional de Direito Econômico, Rodrigo Janot Monteiro de Barras, do texto primitivo da Medida Provisória que deu origem à Lei nº 8.884, de 11.6.94 - Lei Antitruste -, acrescentei, entre outros dispositivos, o atual art. 87, que dispõe:

O art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos: 'Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras* práticas abusivas: IX-

³¹⁶ No texto original do CDC, constava como inc. IX. Nova numeração dada pelo art. 7º, da Lei nº 9.008, de 21.3.95, que cuida do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (*Diário Oficial da União*, de 22.3.95).

recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.' (grifo nosso).

Se dúvida existia sobre a qualidade enunciativa do art. 39, com o ajuste legislativo aqui efetuado termina, de vez, a querela.

O administrador e o juiz têm, aqui, necessária e generosa ferramenta para combater práticas abusivas não expressamente listadas no art. 39, mas que, não obstante tal, violem os padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo, ou, ainda, contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção do consumidor.

Tomando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal - mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais - são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º, inc. IV), os direitos humanos (art. 3º, inc. II), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inc. X).

Dois exemplos concretos, entre tantos outros, podem aqui ser referidos.

[1.1] CORTE DE ENERGIA E ÁGUA - Energia e água são consideradas, hoje, direito humano inalienável. Como já se posicionou a jurisprudência constitucional de outros países democráticos (por exemplo, África do Sul), todo ser humano faz jus a uma quantidade mínima de água e energia, como serviços essenciais que são.

Assim, o corte de água e energia, em especial para a população carente, pode, se não resguardado esse percentual básico,

necessário à sobrevivência com um mínimo de dignidade, infringir um direito fundamental.

O STJ, em decisão magistral do min. Luiz Fux, já teve oportunidade de visitar o tema:

Consoante jurisprudência iterativa do E. STJ, a energia é um bem essencial à população, constituindo-se em serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade, uma vez que o direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.³¹⁷

[1.2] CIRCULAÇÃO E USO NÃO AUTORIZADOS DE INFORMAÇÕES PRESTADAS POR CONSUMIDORES - É comum que consumidores, após preencherem aquilo que se apresenta como um inocente formulário de sorteio ou promoção, sejam surpreendidos com uma enxurrada de correspondências as mais diversas, sem falar de faxes, mensagens eletrônicas e telefonemas, estes por vezes sequer respeitando horários de descanso e fim de semana.

A feitura de cadastros é ato corriqueiro na vida do consumidor. Na esfera de sua *expectativa legítima*, resguardada pelo sistema do CDC, tais assentamentos destinam-se a um único fim: apoiar a realização de um ato de consumo específico, seja ele a abertura de uma conta bancária, seja a aquisição a prazo de um produto ou serviço. O uso consentido individualmente e referendado legalmente desses registros é, pois, tão-só aquele que esteja em direta conformidade e harmonia com as circunstâncias e limites estritos do negócio jurídico de origem. Fora daí, ultrapassam-se as fronteiras da legalidade e ingressa-se no terreno pantanoso da abusividade e da ofensa à boa-fé objetiva do consumidor.

³¹⁷ STJ – 1ª T. - AGRMC 3.982/AC - rel. min. Luiz Fux - j. 11.12.2001 - v.u.

Fica, pois, bem caracterizada prática abusiva, nos termos do art. 39, do CDC, que é norma aberta, do tipo cláusula geral, não custa repetir; sem falar na violação da garantia constitucional da privacidade. Nesse caso, a abusividade é praticada de forma solidária, tendo, de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais e, do outro, a empresa que adquire uma “mala direta” em particular. Como alerta Rizzatto Nunes, o sistema constitucional garante a

inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem no que respeita ao consumidor pessoa física (CF, art. 5º, X) e inviolabilidade de imagem do consumidor pessoa jurídica. Pois bem. A norma constitucional não permite que, sem autorização expressa, alguém repasse a outrem informação de terceira pessoa, do que decorre que, sem autorização, o fornecedor não pode passar a ninguém *nenhuma* informação a respeito do consumidor. Nenhuma: nem informação positiva e muito menos depreciativa.³¹⁸

A regra - e só assim tais práticas passam no teste da constitucionalidade e do rigor da autonomia da vontade - é que cadastros de consumidores não podem ser comercializados sem sua *expressa e prévia autorização*. Faltando esta, em nenhuma hipótese “poderá o fornecedor usar os dados pessoais do consumidor para cessão a terceiros, sob pena de violação da privacidade”,³¹⁹ direito assegurado pela Constituição, como vimos.

Além disso, todas as comunicações estabelecidas com base em mala direta adquirida de terceiro devem propiciar ao recipiente os elementos necessários à identificação da fonte cadastral, isto é, o local onde as anotações estão arquivadas e à disposição de quem quiser pagar para tê-las ou usá-las. Isso para que o consumidor possa exercer o direito - que a Constituição e o CDC lhe garantem - de exigir a exclusão definitiva de seu nome, além de, eventualmente, responsabilizar civil, criminal e

³¹⁸ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *op. cit.*, p. 489.

³¹⁹ Alexandre David Malfatti, *op. cit.*, p. 308.

administrativamente os autores da invasão não autorizada de sua privacidade.

[2] CONDICIONAMENTO DO FORNECIMENTO DE PRODUTO OU SERVIÇO - O Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços.

Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em “fornecimento”, expressão muito mais ampla.

Na segunda hipótese, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento. Para tal caso, contudo, o Código não estabelece uma proibição absoluta. O limite quantitativo é admissível desde que haja “justa causa” para a sua imposição. Por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente, evidentemente, compete ao fornecedor.

A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor. Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades. Assim, se o consumidor quer adquirir uma lata de óleo, não é lícito ao fornecedor condicionar a venda à aquisição de duas outras unidades. A solução também é aplicável aos brindes, promoções e bens com desconto. O consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição *quantitativamente casada*, desde que pague o preço normal do produto ou serviço, isto é, sem o desconto.

[3] RECUSA DE ATENDIMENTO À DEMANDA DO CONSUMIDOR

- O fornecedor não pode recusar-se a atender à demanda do consumidor. Desde que tenha, de fato, em estoque os produtos ou esteja habilitado a prestar o serviço. É irrelevante a razão alegada pelo fornecedor. Veja-se o caso do consumidor que, a pretexto de ter passado cheque sem fundos em compra anterior, tem a sua demanda, com pagamento à vista, recusada. Ou, ainda, o motorista de táxi que, ao saber da pequena distância da corrida do consumidor, lhe nega o serviço.

[4] FORNECIMENTO NÃO SOLICITADO - A regra do Código, nos termos do seu art. 39, III, é de que o produto ou serviço só pode ser fornecido desde que haja solicitação prévia. O fornecimento não solicitado é uma prática corriqueira - e abusiva - do mercado. Uma vez que, não obstante a proibição, o produto ou serviço seja fornecido, aplica-se o disposto no parágrafo único do dispositivo: o consumidor recebe o fornecimento como mera amostra grátis, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor, nem mesmo os decorrentes de transporte. É ato cujo risco corre inteiramente por conta do fornecedor.³²⁰

Outro não é o entendimento do STJ:

O 'produto' ou 'serviço' não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária - caso do 'telexo' -, carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha (...). Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6º, VIII, da mesma Lei nº 8.078/90, o que incorreu. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora

³²⁰ STJ – 3ª T. - REsp 318.372/SP - rel. min. Humberto Gomes de Barros - j. 27.4.2004.

em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados.³²¹

No que se refere especificamente aos serviços, o art. 39, inc. III, é complementado pelo inc. VI, do mesmo dispositivo, e pelo art. 40.

[5] O APROVEITAMENTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR - O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores.

A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

[6] A EXIGÊNCIA DE VANTAGEM EXCESSIVA - Note-se que, nesse ponto, o Código mostra a sua aversão não apenas à vantagem

³²¹ STJ – 4ª T. - REsp 265.121/RJ - rel. min. Aldir Passarinho Junior - j. 4.4.2002 - v.u.

excessiva concretizada, mas também em relação à mera *exigência*. Ou seja, basta que o fornecedor, nos atos preparatórios ao contrato, solicite vantagem dessa natureza para que o dispositivo legal tenha aplicação integral.

Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, § 1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos. São sinônimos.

[7] SERVIÇOS SEM ORÇAMENTO E AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR - A prestação de serviço depende de prévio orçamento (art. 40). Só que a simples apresentação do orçamento não implica autorização do consumidor. Para que o fornecedor possa dar início ao serviço, mister é que tenha a autorização expressa do consumidor. A esta equivale a aprovação que o consumidor dê ao orçamento (art. 40, § 2º), desde que expressa.

Se o serviço, não obstante a ausência de aprovação expressa do consumidor, for realizado, aplica-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 39, ou seja, o serviço, por não ter sido solicitado, é considerado amostra grátis, uma liberalidade do fornecedor, sem qualquer contraprestação exigida do consumidor.

Se a autorização for parcial - por exemplo, envolvendo só alguns itens do orçamento prévio -, o pagamento do consumidor fica restrito às partes, efetiva e comprovadamente, aprovadas. A posição do STJ é exatamente nessa linha:

O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a

cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor.³²²

Em existindo práticas anteriores entre o consumidor e o fornecedor, aquelas, desde que provadas por este, regram o relacionamento entre as partes.

[8] DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES NEGATIVAS SOBRE O CONSUMIDOR - Nenhum fornecedor pode divulgar informação depreciativa sobre o consumidor quando tal se referir ao exercício de direito seu. Por exemplo, não é lícito ao fornecedor informar seus companheiros de categoria que o consumidor sustou o protesto de um título, que o consumidor gosta de reclamar da qualidade de produtos e serviços, que o consumidor é membro de uma associação de consumidores ou que já representou ao Ministério Público ou propôs ação.

O texto do art. 39, VII, difere substancialmente daquele do art. 43. Aqui se trata de arquivo de consumo. Lá, ao revés, se cuida de mero repasse de informação, sem qualquer arquivamento. Seria, em linguagem vulgar, a “fofoca de consumo”.

Não está proibido, contudo, o repasse de informação, mesmo depreciativa, quando o consumidor pratica ato que exorbita o exercício de seus direitos. Assim se a associação de consumidores vem a ser condenada por litigância de má-fé.

[9] PRODUTOS OU SERVIÇOS EM DESACORDO COM AS NORMAS TÉCNICAS - Existindo norma técnica expedida por qualquer órgão público ou entidade privada credenciada pelo CONMETRO, cabe ao fornecedor respeitá-la.

³²² STJ – 3ª T. - REsp 332.869/RJ - rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito-j. 24.6.2002 - v.u.

O Código não altera a sistemática da normalização. Limita-se a reconhecê-la como útil à proteção do consumidor.³²³ Ao caracterizar como prática abusiva a colocação no mercado de consumo de

qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO

, quis legitimar o esforço metrológico e normalizador.

O dispositivo aplica-se apenas às normas obrigatórias, isto é, às normas NBR 1 e NBR 2, conforme melhor desenvolveremos em seguida. Não dá caráter vinculado às normas registradas e às probatórias.

É bom lembrar que mesmo as normas não obrigatórias têm relevância jurídica e técnica, pois servem de guia ao juiz e ao administrador, no momento que precisam avaliar a conformidade do comportamento do fornecedor com padrões considerados ideais.

De toda sorte, não fica o juiz adstrito aos critérios fixados pelos organismos de normalização e metrologia. Estes estabelecem padrões mínimos verdadeiros pisos, e não tetos. Às vezes, os padrões promulgados não refletem as expectativas legítimas dos consumidores, nem o estado da arte, ciência ou técnica, mas, sim, os objetivos econômicos de um determinado setor produtivo, não coincidentes, necessariamente, com o interesse público.

[9.1] A NORMALIZAÇÃO - Em uma sociedade de produção em massa é mister, para o próprio sucesso do mercado, uma certa uniformidade entre produtos ou serviços. Esse é o papel da normalização, ou seja, estabelecer normas para o regramento da produção e, em certos

³²³ STJ – 1ª T. - REsp 416.21 I/PR - rel. min. Denise Arruda - j. 4.5.2004.

casos, também da comercialização. E, muitas vezes, tal significa melhorar a qualidade dos bens de consumo.

É por isso que o processo de normalização interessa aos consumidores, de vez que “um dos mais importantes problemas da tutela do consumidor é a qualidade dos produtos e serviços”,³²⁴ seja pelo ângulo da segurança,³²⁵ seja pelo seu aspecto da adequação.

A qualidade é, sem dúvida, o objetivo maior da normalização. No mercado pós-industrial é impossível alcançar-se a qualidade - como padrão universal - sem um esforço de normalização. Não é por outra razão que se diz que “a qualidade tem ligações tão estreitas com a normalização que podem ser consideradas como indispensáveis: a espiral da normalização acompanha sempre a da qualidade”.³²⁶

Tudo leva a crer que, quanto maior o número de normas técnicas, maior é o grau de desenvolvimento do País.

Reconhece-se hoje haver uma relação direta entre o número de normas técnicas produzidas e em vigor em um país e o seu nível de desenvolvimento global: social e material. São exemplos inequívocos os fatos de existirem nos Estados Unidos da América do Norte e no Japão cerca de 45.000 normas em vigor; na União Soviética, 40.000; na França, 25.000, e no Brasil, 6.000.³²⁷

Mas a normalização desempenha também um papel na orientação do consumidor. Não deixa ela de ser “um meio de informar o

³²⁴ Ross Cranston, *Consumers and the law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1984, p. 103.

³²⁵ Sobre segurança do consumidor e normalização, consulte-se Jean-Claude Fourgoux e Jeanne Mihailov, “La normalisation en tant qu’instrument de la sécurité des consommateurs”, in Jacques Gustin (directeur). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 27-45.

³²⁶ L. A. Palhano Pedroso, “A normalização brasileira e a ABNT”, in *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 141.

³²⁷ Thomaz Marcello D’Ávila, “A normalização técnica e o Direito”, in *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 371.

consumidor sobre as qualidades que ele pode esperar de um produto”,³²⁸ assim atuando como genuíno serviço prestado no mercado. Realmente, as normas existem não apenas para conhecimento dos profissionais, mas igualmente para consciência dos consumidores.

O esforço normalizador tem por *ratio* assegurar a “repetibilidade, a simplificação, a otimização, a intercambialidade, o entendimento comum, a proteção ao consumidor e ao meio ambiente e o interesse coletivo”,³²⁹ fazendo uso de dois dos ramos do conhecimento: a metrologia e a terminologia.³³⁰

A normalização surgiu, a partir da Primeira Guerra Mundial, como um esforço, entre os próprios profissionais, para assegurar a *compatibilização* de produtos, necessidade esta que emergia como consequência da complexidade crescente do mercado pós-industrial. Hoje, entretanto, os objetivos e o modo de atuação da normalização são muito mais vastos.

Em primeiro lugar, a normalização ampliou suas fronteiras para além da simples compatibilização de bens. Passa, então, a ter outras preocupações: a busca de produtos ou serviços de acordo com as expectativas de seus destinatários, em particular quanto à sua segurança, à economia de energia e à proteção do meio ambiente.³³¹

Em segundo lugar, a normalização deixa de ser um fenômeno entre profissionais e ganha um caráter mais democrático, mais

³²⁸ Denise Baumann, *Droit de la Consommation*, Paris, Librairies Techniques, p. 130.

³²⁹ Thomaz Marcello D’Ávila, “A normalização técnica e o direito”, in *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 361.

³³⁰ Gérard Cas & Didier Ferrier, *Traité de Droit de la Consommation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 196.

³³¹ Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, Paris, Dalloz, 1986, p. 195.

heterogêneo, dando voz também a outros sujeitos não profissionais, como os consumidores.³³²

As normas são hoje imprescindíveis para o bom funcionamento do mercado. Interessam notadamente à saúde, à segurança, à economia de energia, à proteção do consumidor, ao transporte,³³³ à compatibilização de produtos e serviços. Constituem-se, junto com a regulamentação leal, em um dos sustentáculos da política de qualidade.

Em suma, podemos definir normalização como “a atividade que visa a elaboração de padrões, através de consenso entre produtores, consumidores e entidades governamentais”.³³⁴

[9.2] NORMALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO - O mercado pelo prisma da qualidade, é controlado por duas técnicas principais: a regulamentação e a normalização. Se os objetivos dos dois fenômenos são idênticos,³³⁵ não implica dizer que também são idênticos os seus conceitos, modos de operação e fundamentos.

De fato, estamos diante de noções distintas, apesar de ambas terem a mesma *ratio*. A regulamentação é produzida diretamente pelo Estado, provém de um “ato de autoridade”,³³⁶ enquanto a normalização advém de um trabalho misto, cooperado, entre o Estado e entidades privadas.

Além disso, ao contrário do que sucede com a normalização, a regulamentação se impõe de pleno direito, com um caráter de

³³² Note-se que, na França, desde 1984, com o Decreto de 26 de janeiro, as associações de consumidores foram oficialmente admitidas no processo de formulação de normas.

³³³ Gérard Cas & Didier Ferrier, *op. cit.*, p. 200.

³³⁴ Definição essa dada por texto elaborado pela ABNT. Vejam-se os *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 500.

³³⁵ Jean Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 195.

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 195.

obrigatoriedade absoluta, a todos os agentes econômicos. Diversamente, muitas das normas permitem uma adesão voluntária, em particular quando emanadas de organismos totalmente privados.

E, finalmente, agora em relação à regulamentação específica de consumo, fica claro que a normalização não tem por objetivo apenas proteger o consumidor. Seus domínios são mais amplos.³³⁷ Algumas normas aplicam-se a produtos e serviços profissionais. Outras, diversamente, são traçadas diretamente para produtos e serviços destinados aos consumidores.³³⁸

Na proteção do consumidor, a normalização nem sempre é suficiente para alcançar os objetivos de política pública requeridos pela sociedade.

“No final das contas, a regulamentação pública é necessária para melhorar a qualidade dos bens, em adição aos esforços voluntários.”³³⁹ É aí que entra em cena a produção de regras legais, agora como atos de autoridade - regulamentação -, como forma de aperfeiçoamento da qualidade de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor faz uso de uma série de *técnicas de controle da qualidade* de produtos e serviços. Em primeiro lugar, há os controles auto-regulamentares, como aqueles exercidos através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); em seguida, cabe citar a regulamentação obrigatória, como aquela que cria uma “garantia legal de adequação do produto ou serviço” (arts. 23 e 24); em terceiro lugar, permite-se ao Judiciário compelir o Poder Público

a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração

³³⁷ Gérard Cas & Didier Ferrier, *op. cit.*, p. 196.

³³⁸ Jean Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 195.

³³⁹ Ross Cranston, *Consumers and the law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1984, p. 107.

na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal (art.102).

Finalmente, permite-se ao próprio Poder Público apreender e inutilizar produtos, cassar seu registro, suspender seu fornecimento (também de serviços), entre outras sanções administrativas (art. 56).

[9.3] A NORMA - A normalização, como apropriada denominação o diz, funciona através da elaboração e promulgação de normas. São estas que “normalizam” o mercado. “Uma norma representa um equilíbrio entre as possibilidades técnicas de uns, as exigências de outros, as limitações econômicas próprias a cada um dos parceiros.”³⁴⁰

As normas técnicas têm, realmente, uma função orientadora e purificadora no mercado. Sua utilização traz inúmeros benefícios:

elimina a variedade desnecessária, reduz os custos operacionais, favorece a segurança, protege a saúde e o meio ambiente, permite a intercambialidade e incrementa a produtividade, mantendo adequada a qualidade.³⁴¹

A norma técnica poderia ser conceituada como “o registro de um concentrado de conhecimentos, colocado à disposição da sociedade e sem o qual não se pode controlar a qualidade nem certificar o produto ou serviço”.³⁴²

Originam-se as normas técnicas da

necessidade de o homem registrar seu aprendizado, de modo a poder repetir e reproduzir suas ações, conseguindo os mesmos resultados, assim como também da natural ‘lei

³⁴⁰ Gérard Cas & Didier Ferrier, *op. cit.*, p. 198.

³⁴¹ L. A. Palhano Pedroso, “A normalização brasileira e a ABNT”, in *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 140.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 141.

do menor, esforço', que nos leva a otimizar nossas forças físicas e mentais.³⁴³

[9.4] A OBRIGATORIEDADE DA NORMA - Nem todas as normas técnicas são obrigatórias. Algumas são meramente facultativas. De qualquer modo, em havendo a obrigatoriedade, nenhum produto ou serviço que a contrarie, nacional ou estrangeiro, pode ser produzido ou comercializado.

A bem da verdade, não existe, em termos jurídicos, norma inteiramente facultativa, pois mesmo aquelas assim denominadas podem ser utilizadas pelo administrador e pelo magistrado no julgamento da adequação técnica do comportamento do fornecedor. Se é certo que a norma dita facultativa indica uma meta a ser alcançada, nem por isso deixa de afirmar um patamar de qualidade que, no estado da arte do momento, é considerado alcançável e adequado. Negar-se o fornecedor a acompanhar e acolher aquilo que é tecnicamente viável ou até praticado, de forma cotidiana, em outros países constitui forte indício de abusividade de sua conduta.

[9.5] A ATIVIDADE DE CONTROLE - As normas, particularmente aquelas que têm a ver com a proteção do consumidor, apresentam-se sempre como um parâmetro mínimo. Vale dizer, tanto a administração pública, como o juiz pode impor *standard* mais elevado, uma vez que considerem o fixado insuficiente.

Em outras palavras: a normalização não impede ou mesmo limita o trabalho de controle da administração e do Judiciário. Mostra-se apenas como um critério de conformidade mínima, critério esse que, não raras vezes, leva mais em conta os interesses dos fornecedores (aí incluindo-se o Estado) do que propriamente dos consumidores. É por isso

³⁴³ Thomaz Marcello d' Avila, "A normalização técnica e o Direito", *in Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 360.

mesmo que “uma norma, embora obrigatória, pode, de outra forma, ser considerada insuficientemente protetória”.³⁴⁴

[9.6] O SISTEMA BRASILEIRO DE NORMALIZAÇÃO - O Brasil adota um sistema misto de normalização: participação do Estado e de entidades privadas (em particular, a Associação Brasileira de Normas Técnicas) em um esforço comum. Todos os organismos de normalização, privados ou públicos, integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO).

O Estado, de qualquer modo, mantém um controle final do processo de normalização. Assim, por exemplo, uma norma elaborada pela ABNT só se torna “norma brasileira” uma vez registrada no Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).

[9.7] A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - Fundada em 28 de setembro de 1940, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, com sede no Rio de Janeiro. Tem utilidade pública, nos termos da Lei nº 4.150/62, sendo considerada o Fórum Nacional de Normalização (Resolução nº 14/83, do CONMETRO).

Segundo um especialista,

a ABNT se propõe a elaborar normas técnicas e a fomentar o seu uso nos campos científico, técnico, industrial, comercial e agrícola, promovendo a participação das comunidades técnicas no desenvolvimento da normalização no País; a representar o Brasil junto às entidades internacionais de normalização e organizações similares estrangeiras; a conceder Marcas de Conformidade e outros certificados referentes à aplicação de normas e a colaborar com o Estado

³⁴⁴ Gérard Cas & Didier Ferrier, *op. cit.*, p. 201.

no estudo e solução de problemas relacionados com a normalização técnica em geral.³⁴⁵

[9.8] O SINMETRO, O CONMETRO E O INMETRO - O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO) tem por finalidade “formular e executar a política nacional de metrologia, normalização e certificação de qualidade de produtos industriais”.³⁴⁶ É ele integrado por “entidades públicas ou privadas que exerçam atividades relacionadas com metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais”.³⁴⁷

O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), por sua vez, é o “órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial”.³⁴⁸

Já o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), uma autarquia federal, é “o órgão executivo central” do SINMETRO, cabendo-lhe, “mediante autorização do

³⁴⁵ L. A. Palhano Pedroso, “A normalização brasileira e a ABNT”, in *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990, p. 143.

³⁴⁶ Lei nº 5.966, de 11.12.73, art. 1º, *caput*.

³⁴⁷ Lei nº 5.966/73, § 1º, parágrafo único.

³⁴⁸ Lei nº 5.966/73, § 22, *caput*. Sua composição foi estabelecida pelo Decreto nº 99.532, de 19 de setembro de 1990: “Art. 1º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, presidido pelo Ministro de Estado da Justiça, terá a seguinte composição: I - um representante do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento; II - um representante do Ministro da Marinha; III - um representante do Ministro do Exército; IV - um representante do Ministro das Relações Exteriores; V - um representante do Ministro da Aeronáutica; VI - um representante do Ministro da Infra-estrutura; VII - um representante do Ministro da Agricultura e Reforma Agrária; VIII - um representante do Ministro da Saúde; IX - um representante do Ministro do Trabalho e Previdência Social; X - um representante do Ministro da Educação; XI - um representante do Ministro da Ação Social; XII - um representante do Secretário do Meio Ambiente; XIII - um representante do Secretário da Ciência e Tecnologia; XIV - um representante do Secretário de Administração Federal; XV - o Secretário Nacional de Direito Econômico; XVI - o Presidente do INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; XVII - o Presidente da Confederação Nacional da Indústria; XVIII - o Presidente da Confederação Nacional do Comércio; XIX - três titulares de entidades privadas nacionais, dedicadas aos interesses do consumidor; XX - três titulares de entidades nacionais de caráter privado, dedicadas às atividades de normalização e qualidade industrial; XXI - um cidadão de notório saber nas áreas de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial não vinculado ao Serviço Público.”

CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal".³⁴⁹

O STJ vem prestigiando a atuação dos órgãos de normalização:

O CONMETRO, usando de sua competência normativa e atribuições legais, em consonância com o disposto nas alíneas *a* e *c* dos itens 4.1 e 4.2 do Regulamento, concedeu ao INMETRO atribuição de expedir atos normativos metrológicos, necessários à implementação de suas atividades, com amparo na Resolução nº 11/88 e do art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. É legítima a edição pelo INMETRO da Portaria nº 74/95, que dispõe sobre exames quantitativos de mercadorias e critérios para verificação do conteúdo líquido e do conteúdo nominal dos produtos comercializados nas grandezas de massa e volume, porquanto este órgão não extrapolou os limites de sua competência.³⁵⁰

[9.9] OS DIVERSOS TIPOS DE NORMAS BRASILEIRAS - No Brasil, há basicamente quatro tipos de normas técnicas: NBR 1 (normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional); NBR 2 (normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público); NBR 3

³⁴⁹ Lei nº 5.966/73, art. 5º. Sua estrutura foi fixada pelo Decreto nº 10, de 16 de janeiro de 1991. Conforme este diploma, são suas finalidades: "I - executar as políticas nacionais de metrologia, de normalização técnica, de qualidade de materiais e de bens, bem como as de fomento à produtividade; II - verificar a observância das normas técnicas e legais, no que se refere às unidades de medida, métodos de medição, medidas materializadas, instrumentos de medir e mercadorias pré-medidas; III - manter e conservar os padrões das unidades de medida, bem assim implantar e manter a cadeia de rastreabilidade dos padrões das unidades de medida no País, de forma a torná-las harmônicas internamente e compatíveis no plano internacional, visando, em nível primário, a sua aceitação universal, e, em nível secundário, a sua utilização como suporte ao setor produtivo, com vistas à qualidade de bens e serviços; IV - fortalecer a participação do País nas atividades internacionais relacionadas com metrologia, normalização técnica e qualidade de materiais, de bens e de fomento à produtividade, além de promover o intercâmbio com entidades e organismos estrangeiros e internacionais; V - formular, promover, implementar, coordenar e supervisionar o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade, em conjunto com outros órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta; VI - prestar suporte técnico e administrativo ao Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, atuando como sua Secretaria Executiva" (art. 2º).

³⁵⁰ STJ – 1ª T. - REsp 423.274/PR - rel. min. Garcia Vieira - j. 25.6.2002 - v.u.

(normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO); NBR 4 (normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada).

[10] RECUSA DE VENDA DIRETA - Como fruto do casamento entre a proteção do consumidor e a salvaguarda da concorrência, surge este dispositivo, trazido pela Lei nº 8.884/94.

A presente prática abusiva distingue-se daquela prevista no inc. II. Neste, a recusa é em *atender às demandas dos consumidores*, ao passo que, aqui, cuida-se de imposição de intermediários àquele que se dispõe a adquirir, *diretamente*, produtos e serviços mediante pronto pagamento.

O texto legal excepciona “casos de intermediação regulados em leis especiais”. Veja-se, contudo, que, nas palavras do legislador, a ressalva só vale para as hipóteses previstas em lei, nunca em regulamentos ou atos administrativos inferiores.

Por se tratar de norma de ordem pública e interesse social, eventual aceitação contratual pela vítima da intermediação é nula de pleno direito, caracterizando-se como cláusula abusiva nos termos do art. 51, do CDC.

[11] ELEVAÇÃO DE PREÇO SEM JUSTA CAUSA - Esse inciso, também sugerido por mim, visa a assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado *preço abusivo*.

Aqui não se cuida de tabelamento ou controle prévio de preço (art. 41), mas de análise casuística que o juiz e autoridade administrativa fazem, diante de fato concreto.

A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em *justa causa*, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos. Em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção - relativa, é verdade - de carência de justa causa.

Nesta matéria, tanto o consumidor como o Poder Público podem fazer uso da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

[12] REAJUSTE DIVERSO DO PREVISTO EM LEI OU NO CONTRATO - Novamente por sugestão minha, o CDC foi alterado pelo art. 8º, da Medida Provisória nº 1.477-42, de 6.11.97 (mensalidades escolares), acrescentando-se mais um inciso.

É comum no mercado a modificação unilateral dos índices ou fórmulas de reajuste nos negócios entre consumidores e fornecedores (contratos imobiliários, de educação e planos de saúde, por exemplo). O dispositivo veda tal comportamento, criando um *ilícito de consumo*, que pode ser atacado civil ou administrativamente.

É claro que tal prática condenável já estava proibida, como cláusula abusiva, pelos incs. IV (obrigações iníquas, abusivas, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, exageradamente desvantajosas para o consumidor), X (variação unilateral do preço) e XIII (modificação unilateral do conteúdo do contrato), do art. 51, do CDC.

Entretanto, com o intuito de evitar-se discussão sobre a natureza do reajuste - ser ou não ser variação de preço -, entendi importante fazer o acréscimo ao texto original do CDC.

Ao referir-se a "fórmula" ou "índice" no singular, o texto legal, adotando tendência crescente da doutrina e da jurisprudência, proíbe a

utilização de vários índices alternativos no mesmo contrato, posto que prática claramente abusiva.

[13] A INEXISTÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - Não é raro encontrar-se no mercado contratos em que o consumidor tem prazo certo para cumprir a sua prestação (o pagamento do preço, normalmente), enquanto o fornecedor possui ampla margem de manobra em relação à sua contraprestação.

Basta que se lembrem os casos dos contratos imobiliários em que se fixa um prazo certo para a conclusão das obras a partir do início ou término das fundações. Só que para estes não há qualquer prazo.

O dispositivo é claro: todo contrato de consumo deve trazer, necessária e claramente, o prazo de cumprimento das obrigações do fornecedor.

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado [1] a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. [2]

§ 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor. [3]

§ 2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes. [4]

§ 3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio. [5]

COMENTÁRIOS

[1] A FALTA DE ORÇAMENTO COMO PRÁTICA ABUSIVA - Nos termos do art. 39, inc. VI, é prática abusiva “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

O dispositivo - que contém erro de redação, pois o correto seria falar em “ressalvados os decorrentes” (no masculino plural, já que se refere a serviços) -, como já vimos nos comentários ao art. 39, impõe, na prestação de serviços, dois requisitos: a) orçamento; e b) autorização expressa. Aquele, a cargo do fornecedor; esta, pelo consumidor. São “obrigações” próprias e inafastáveis do fornecedor, de cuja existência depende a consumação do negócio jurídico de consumo. Sem sua presença, eventuais serviços fornecidos serão tidos como liberalidade do prestador.

O art. 40, agora sob análise, complementa o art. 39, inc. VI, detalhando o regime jurídico do orçamento, estabelecendo seu conteúdo, prazo de validade e eficácia.

[2] A EXIGÊNCIA DE ORÇAMENTO PRÉVIO - Nenhum serviço pode ser fornecido sem um orçamento prévio; tal já havia sido previsto no art. 39, VI. E não cabe o mero “acerto” verbal, de vez que o dispositivo fala em “entrega” do orçamento ao consumidor.

O orçamento deve conter, necessariamente, informações sobre:

- a) o preço da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos;
- b) as condições de pagamento;
- c) a data de início e término do serviço.

[3] A VALIDADE DA PROPOSTA DE PREÇO - Como princípio, o preço orçado - da mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos - tem validade de 10 dias, prazo este que é contado do seu recebimento pelo consumidor. Ressalte-se, recebimento, e não conhecimento. Essa regra, contudo, pode ser afastada pela vontade das partes.

[4] O ORÇAMENTO COMO VERDADEIRO CONTRATO - Uma vez que o orçamento tenha sido aprovado, equivale ele a um contrato firmado pelas partes. Por isso mesmo, só a livre negociação pode alterar o seu conteúdo.

[5] OS SERVIÇOS DE TERCEIRO - O consumidor contrata com aquele que lhe oferta o orçamento. Havendo necessidade de serviço de terceiro, duas possibilidades se abrem.

Se o auxílio externo está previsto no orçamento (com todas as especificações exigidas pelo *caput*), o consumidor é responsável pelo valor do serviço que venha a ser prestado. Se, ao contrário, o orçamento é omissos a tal respeito, o consumidor, por isso mesmo, não assume qualquer ônus extra, cabendo ao fornecedor principal arcar com os encargos acrescidos.

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. [1][2]

COMENTÁRIOS

[1] O TABELAMENTO DE PREÇOS - Até pouco tempo, o tabelamento de preços era visto precipuamente pelo prisma administrativo e penal (Lei de Economia Popular). O Código altera o tratamento da matéria, introduzindo um outro mecanismo de implementação: a reparação civil.

[2] AS OPÇÕES DO CONSUMIDOR - Duas são as opções do consumidor:

- a) a restituição da quantia paga em excesso;
- b) o desfazimento do negócio.

Caso o consumidor opte pelo desfazimento do contrato, cabe, evidentemente, restituição da quantia paga, monetariamente atualizada.

Tudo isso sem prejuízo de sanções de outra natureza, sejam administrativas, sejam criminais, aí incluindo-se a multa.

Seção V [1]

DA COBRANÇA DE DÍVIDAS [2] [3]

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, [4][5] nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento [5] ou ameaça. [5][6][7][8]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. [9]

COMENTÁRIOS

[1] A FONTE DE INSPIRAÇÃO DA SEÇÃO - Esta Seção V sofreu grande influência do projeto do *National Consumer Act*, na versão do seu *First Final Draft*, preparado pelo *National Consumer Law Center*, e da lei norte-americana conhecida por *Fair Debt Collection Practices Act*, promulgada em 1977.³⁵¹

O preceito não constava do texto original da Comissão de Juristas. Foi novidade trazida pelo *Substitutivo Ministério Público-Secretaria de Defesa do consumidor*. Na defesa de sua adoção, assim escrevi na justificativa juntada ao Substitutivo:

A tutela do consumidor ocorre *antes, durante e após* a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artifícios são os mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, cartas *fantasiosas* e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor - especialmente o de baixa renda - é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos deles em cadeia e até em altas horas da madrugada.

³⁵¹ Os pontos principais do *National Consumer Act* que influenciaram o texto brasileiro são os seguintes:

"Section 7.202 (Threats or Coercion)

No debt collector shall collect or attempt to collect any money alleged to be due and owing by means of any threat, coercion or attempt to coerce.

Section 7.203 (Harassment; Abuse)

No debt collector shall unreasonably oppress, harass, or abuse any person in connection with the collection of or attempt to collect any claim alleged to be due and owing by that person or another.

Section 7.204 (Unreasonable Publication)

No debt collector shall unreasonably publicize Information relating to any alleged indebtedness or debtor

Section 7.205 (Fraudulent, Deceptive or Misleading Representations)

No debt collector shall use any fraudulent, deceptive or misleading representation or means to collect or attempt to collect claims or to obtain information concerning consumers.

Section 7.206 (Unfair or Unconscionable Means)

No debt collector shall use unfair or unconscionable means to collect or attempt to collect any claim."

[2] A COBRANÇA DE DÍVIDAS DE CONSUMO - Cobrar uma dívida é atividade corriqueira e legítima. O Código não se opõe a tal. Sua objeção resume-se aos excessos cometidos no afã do recebimento daquilo de que se é credor. E abusos há.

O próprio Congresso dos Estados Unidos, na Exposição de Motivos do *Fair Debt Collection Practices Act*, reconheceu que

há prova abundante do uso, por parte de cobradores de débitos, de práticas abusivas, enganosas e injustas em tal atividade. Práticas abusivas de cobrança de dívidas contribuem para o número de insolvências civis, para a instabilidade matrimonial, para a perda de emprego e para a invasão da privacidade individual.

Como se vê, o problema não é apenas brasileiro. É inerente mesmo à sociedade de consumo, já que o crédito transformou-se em sua mola mestra. E, evidentemente, todo credor - mesmo o usurário - quer receber de volta o que emprestou, somado à sua remuneração. Para tanto vai, muitas vezes, às últimas conseqüências: a cobrança judicial. Só que esta, em face dos obstáculos inerentes ao processo, não é nunca a opção primeira do credor. "Em decorrência da demora e custo envolvidos em um processo judicial, o credor, provavelmente, fará uso, a princípio, de táticas extrajudiciais de cobrança."³⁵²

Os abusos surgem exatamente nessa fase extrajudicial. O consumidor é abordado, das mais variadas formas possíveis, em seu trabalho, residência e lazer. Utiliza-se toda uma série de procedimentos vexatórios, enganosos e molestadores. Seus vizinhos, amigos e colegas de trabalho são incomodados. Não raras vezes vem ele a perder o emprego em face dos transtornos diretos causados aos seus chefes. As humilhações, por sua vez, não têm limites.

³⁵² David G. Epstein & Steve H. Nickles, *Consumer law in a Nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1981, p. 372.

Um caso, entre tantos outros, levado ao PROCON de São Paulo, é ilustrativo. O consumidor inadimplente trabalhava em um escritório nas vizinhanças da Praça da Sé, no centro de São Paulo, uma das regiões mais movimentadas da cidade. A empresa de cobrança, não satisfeita com os telefonemas diários que fazia ao chefe do devedor, resolveu colocar na porta de seu serviço uma “banda de música”, acompanhando palhaços, com cartazes, e que gritavam o nome do consumidor e o cobriam de adjetivos os mais variados.³⁵³ Um exagero a que o nosso Direito não dava tratamento eficaz.³⁵⁴

[3] O OBJETO DO DISPOSITIVO - Essa parte do Código não se preocupa com a formação do contrato de consumo. Limita-se a regradar alguns aspectos de sua *implementação* (execução) pelo fornecedor.

³⁵³ Não se imagine que em países desenvolvidos a situação seja diversa. Tanto assim que, nos Estados Unidos, foi necessária a promulgação, em 1977, de uma lei especial, o *Fair Debt Collection Practices Act*, dirigida exatamente a tal matéria. Um bom exemplo do requinte a que chegaram as empresas de cobrança americanas vem relatado na decisão judicial *Duty v. General Finance Co.*, 273 S.W.2d 64 (Tex. 1954). Segundo o tribunal, os molestamentos praticados pela empresa poderiam ser resumidos da seguinte forma: “longos telefonemas diários para o Sr. e Sr^a Duty; ameaças de colocá-los na lista negra do Serviço de Proteção ao Crédito; acusações de serem malandros; utilização de tom de voz alto, insinuante e rude; afirmações a seus vizinhos e empregadores de que eram malandros; indagação à Sr^a Duty sobre o que estava fazendo com seu dinheiro, sendo esta acusada de gastá-lo de outras maneiras que não com o pagamento do empréstimo; ameaças de provocarem a perda dos seus empregos, a não ser que a dívida fosse saldada; telefonemas aos devedores, diversas vezes ao dia, nos seus ambientes de trabalho; ameaça de penhora dos seus salários; ataques à reputação dos autores junto a seus colegas de trabalho; solicitação aos seus patrões para que fizessem com que a dívida fosse liquidada; telefonemas para seus trabalhos; inundação de sua casa e locais de trabalho com uma imensidão de cartas de cobrança, cartões pardos, cartas com entrega especial e telegramas; envio de cartões com a seguinte abertura: ‘Caro Cliente: Nós lhe fizemos um empréstimo porque imaginamos que você fosse honesto’; remessa, por volta da meia-noite, de telegramas e cartas com entrega especial, interrompendo seu sono; telefonema a um vizinho dizendo-se ser um irmão doente de um dos autores e, em outra ocasião, um enteado; telefonema interurbano, a cobrar, para o trabalho da mãe da Sr^a Duty, em Wichita Falls; colocação de cartões vermelhos na porta de sua residência, com notas de insulto no seu verso e ameaças veladas; telefonema interurbano, a cobrar, para a casa do irmão do Sr. Duty, em Albuquerque, no Novo México, com custo de 11 dólares, incomodando-o com discurso sobre o alegado débito dos autores”.

³⁵⁴ As condutas mais graves encontravam resposta legal, só que ineficiente. Uma delas é a contravenção penal de perturbação do trabalho ou do sossego alheios (art. 42 da Lei das Contravenções Penais).

Diga-se, inicialmente, que o dispositivo não se consagra à cobrança judicial, isto é, àquela exercida em função de processo judicial, através de funcionários públicos. Destina-se, portanto, a controlar as cobranças extrajudiciais, em especial aquelas efetuadas por “empresas de cobrança”.

Ao contrário do *Fair Debt Collection Practices Act*, o dispositivo do Código brasileiro rege *qualquer tipo* de cobrança extrajudicial, mesmo que exercida diretamente pelo próprio credor, sem a intermediação de empresa especializada na prestação desse tipo de serviço. O nosso texto, então, acompanha o modelo mais avançado de algumas leis estaduais dos Estados Unidos.³⁵⁵

De modo resumido, protegem-se a privacidade e a imagem pública do cidadão, na sua qualidade de consumidor. Por esse prisma, tudo é novidade. Proíbe-se, fundamentalmente, a sua exposição a ridículo, a interferência na sua privacidade e a utilização de inverdades.

[4] OS CONTATOS DO CREDOR COM TERCEIROS - O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há de ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Só excepcionalmente tal é possível, e tão-só para aquisição de informação sobre o paradeiro do devedor.

Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetem pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seriíssimo indício do intuito do credor de envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, *caput*.

³⁵⁵ É o caso do Estado de Wisconsin, cuja lei tem aplicação contra qualquer pessoa que cobre débitos, não se limitando às empresas especializadas em tal negócio.

[5] AS PRÁTICAS PROIBIDAS - O art. 42 tem que ser lido em conjunto com o art. 71, sua face penal. Diz este:

Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo, ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

São violações *per se* dos dois dispositivos:

a) a utilização de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral;

b) o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas.

Esses dois grupos de afronta legal são proibidos de maneira absoluta. Em outras palavras: jamais é justificável, em cobrança extrajudicial, o uso de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, assim como de afirmações desconformes com a realidade.

Mas há outras formas de cobrança que não são vedadas pelo Código de modo absoluto. Admite-se, por exceção, sua utilização. São elas:

a) a exposição do consumidor a ridículo;

b) a interferência no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

[5.1] AS PROIBIÇÕES ABSOLUTAS - Existem certas práticas que não podem, em nenhuma hipótese, ser utilizadas por aquele que cobra dívida de consumo. Paira sobre elas proibição absoluta, havendo presunção *jure et de jure* de prejuízo para o consumidor. É o que analisaremos a seguir.

[5.1.1] A AMEAÇA - Nenhum credor ou preposto seu pode ameaçar o consumidor na cobrança de um débito. O conceito de ameaça aqui não é idêntico àquele do Código Penal (art. 147). É muito mais amplo.

Não se exige, em primeiro lugar, a gravidade do mal. Portanto, se o cobrador “ameaça” o consumidor de espalhar a notícia do débito entre todos os seus amigos ou colegas de trabalho, configurado está o ataque ao art. 42, bem como ao art. 71.

Em segundo lugar, não é necessário que a ameaça tenha o condão de assustar o consumidor. Tampouco requer-se diga ela respeito a mal físico. A simples ameaça patrimonial ou moral, quando desprovida de fundamento, já se encaixa no dispositivo. É o caso do proprietário de escola que, ao cobrar débito atrasado, ameaça impedir o aluno de fazer seus exames.

Tudo isso não quer dizer que qualquer palavra ou gesto do cobrador configure ameaça e baste para a aplicação dos dispositivos mencionados. De seu conceito exclui-se, a toda evidência, o exercício de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Assim, se o credor avisa o consumidor que em sete dias estará propondo ação de cobrança, aí não há qualquer ameaça, mas, sim, a comunicação de um procedimento acobertado pelo Direito. Claro que, mesmo nesse caso, se houver puro “blefe”, caracterizada está a infringência ao preceito, mas sob outro fundamento (“emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas”).

[5.1.2] A COAÇÃO E O CONSTRANGIMENTO FÍSICO OU MORAL - O Código, nesse ponto, utilizou sinônimos para proibir o mesmo fenômeno: o emprego de *vis absoluta* (violência absoluta) e de *vis relativa* (violência relativa) na cobrança de dívidas de consumo.

O consumidor, ao ser cobrado extrajudicialmente por um débito oriundo de uma relação de consumo, está protegido contra qualquer constrangimento físico ou moral. Naquela hipótese, tem ele sua vontade absolutamente anulada. Nesta, diversamente, em face de uma grave ameaça, sua vontade é manifestada de modo viciado (o cobrador que, armado com um revólver, diz: “o pagamento ou sua vida”).

[5.1.3] O EMPREGO DE AFIRMAÇÕES FALSAS, INCORRETAS OU ENGANOSAS - No Direito tradicional, a verdade, como valor jurídico, só tinha importância na fase pré-negocial. Uma vez que faltasse, o negócio poderia estar irremediavelmente viciado. Consumado o contrato, muito pouco estava a impedir o credor de utilizar-se de artifícios, incluindo-se a mentira, para ver adimplida a obrigação.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a correção das informações utilizadas pelo cobrador é fundamental. Inadmissível a cobrança de dívida de consumo alavancada por informações que não estejam totalmente em sintonia com a realidade dos fatos.

Afirmção falsa é aquela que não tem sustentação em dados reais. É a mentira pura e simples. Exemplos: o cobrador que se diz advogado sem o ser; a cobrança que afirma ter o consumidor cometido um crime, sem que tal esteja caracterizado; a afirmação de que a cobrança já está no departamento jurídico, sem que assim o seja, bem como a de que a cobrança daquele débito será feita judicialmente, quando o cobrador não tem a menor intenção ou condição material (o débito não compensa) de fazê-lo.

Já na informação incorreta, a desconformidade é parcial. Há um casamento de verdade e inverdade.

Finalmente, informação enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro, mesmo que literalmente verdadeira. Tal se dá

especialmente porque é ambígua, ou dado necessário à sua boa compreensão é omitido. Tomada isoladamente, não é falsa nem incorreta. Mas, quando vista de maneira contextual, tem o condão de levar o consumidor a se comportar erradamente, acreditando em algo que não é. Isso no caso da omissão. Mas fica também caracterizada no uso de palavras, expressões e frases de sentido dúbio ou múltiplo.

É informação enganosa aquela cujo suporte material (impresso, por exemplo) traz timbres ou expressões que implicam qualidade ou poder que o cobrador não tem. Assim quando o impresso utiliza brasões do Município, do Estado ou da União, ou qualquer outro símbolo que leve o consumidor a imaginar que se trata de correspondência oficial. O mesmo raciocínio vale para correspondências redigidas de modo a simular a forma ou aparência de procedimento judicial. Também quando a pessoa que assina a correspondência se dá título que induz o consumidor a imaginar-se cobrado por funcionário do Estado (“agente de cobrança” ou “oficial de cobrança” etc).

[5.2] AS PROIBIÇÕES RELATIVAS - Ao lado dessas práticas de cobrança que são terminantemente vedadas, há outras que recebem uma proibição relativa. Como regra, são interditadas. Excepcionalmente, porém, o ordenamento admite-as, desde que preenchidos certos requisitos. E a prova da presença destes compete ao cobrador. Vejamos.

[5.2.1] A EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RIDÍCULO - O Código proíbe a exposição do consumidor a ridículo. É certo que uma cobrança de dívida sempre traz um potencial, por mínimo que seja, de exposição a ridículo. Afinal, ninguém gosta de ser cobrado. Por isso que o legislador exige, para a configuração da infração, que a exposição seja injustificável. Esta tem lugar quando o ato de cobrança pode ser efetuado sem tal exposição. E assim o é na grande maioria das vezes.

O que o Código quer aqui é evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança da dívida.

Expor a ridículo quer dizer envergonhar, colocar o consumidor perante terceiros em situação de humilhação. Pressupõe, então, que o fato seja presenciado ou chegue ao conhecimento de terceiros. Em certas circunstâncias, basta a possibilidade ou perigo de que tal ocorra.

Qualquer ato ou coisa associada à cobrança pode servir para violar o comando do Código. Mesmo o simples *design* do envelope utilizado pelo cobrador é capaz de se transformar em uma forma indireta de vexar o consumidor. Tanto assim que o *Fair Debt Collection Practices Act* (FDCPA) proíbe,

quando a comunicação for feita por correio ou por telegrama, o uso, em qualquer envelope, de toda linguagem ou símbolo, que não o endereço do cobrador, exceção feita à utilização do nome comercial, se tal denominação não indicar que se trata de negócio de cobrança.³⁵⁶

A exposição a ridículo também se dá quando o credor divulga lista dos devedores. É prática comum em condomínios e escolas.

Igual resultado vexatório consegue-se com o emprego de “cartões de cobrança”, sem qualquer invólucro, permitindo assim a leitura de seu conteúdo por terceiros (são os chamados, nos Estados Unidos, *shame cards* - cartões da vergonha).

[5.2.2] A INTERFERÊNCIA NO TRABALHO, DESCANSO OU LAZER - Na tramitação do Código no Congresso Nacional, os empresários, no intuito de derrubar o art. 42, afirmaram que, com a aprovação do texto, nenhum consumidor poderia ser cobrado em seu trabalho, residência ou mesmo na rua (lazer). Ou seja, não poderia ser cobrado nunca.

³⁵⁶ *FairDebt Collection Practices Act*, art. 808(8).

Não é assim. O legislador não proibiu a cobrança do débito nesses locais. Limitou-se a fixar limites. Permitida é a cobrança, desde que não *interfira* no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

Os vocábulos trabalho e descanso referem-se, respectiva e fundamentalmente, aos locais onde o consumidor exerce sua profissão e tem sua residência. Por lazer entenda-se os momentos de folga do consumidor: fim de semana, férias, compromissos sociais (festas de aniversário, casamento).

Por conseguinte, continua lícito enviar cartas e telegramas de cobrança ao consumidor no seu endereço comercial ou residencial. Ainda é permitido telefonar para ele nesses dois locais. O que se proíbe é que, a pretexto de efetuar cobrança, se interfira no exercício de suas atividades profissionais, de descanso e de lazer. O grau de interferência será avaliado caso a caso. Alguns parâmetros, podem, contudo, ser fixados *a priori*.

Uma vez que o cobrador saiba ou seja informado pelo consumidor de que seu empregador proíbe contatos telefônicos seus, qualquer tentativa de cobrança por essa via em seu ambiente de trabalho passa a ser ilícita.³⁵⁷

É ilícito, pelas mesmas razões, telefonar ao chefe, colegas, vizinhos ou familiares do devedor. Também não se admitem telefonemas em seu horário de descanso noturno. Vedados estão, igualmente, telefonemas ou visitas sucessivos. Tampouco podem os contatos com o consumidor ter lugar em horários inconvenientes.³⁵⁸ Finalmente, sempre

³⁵⁷ É idêntica a solução do Direito norte-americano: o cobrador não pode comunicar-se com o consumidor “no seu lugar de trabalho se o cobrador da dívida sabe ou tem razão para saber que o empregador do consumidor proíbe-o de receber tal comunicação”, art. 805(a)(3).

³⁵⁸ Para a legislação norte-americana, a não ser quando tenha conhecimento de circunstância em contrário, é lícito ao cobrador comunicar-se com o consumidor no

que o consumidor, de maneira clara, afirme sua impossibilidade de pagar o débito ou indique o nome de seu advogado, tais comunicações e contatos devem terminar.³⁵⁹

A utilização de linguagem rude ou obscena é tida como importunadora. É o que sucede também com os telefonemas não identificados, as ligações anônimas e os "trotes".

[6] AS PERDAS E DANOS - Uma vez que o procedimento do cobrador (o próprio fornecedor ou empresa de cobrança) cause danos ao consumidor, moral ou patrimonial, tem este direito à indenização. É a regra do art. 6º, VII

Se o consumidor perdeu o emprego, ganhou a antipatia de seus vizinhos, foi envergonhado publicamente, teve sua reputação ferida, viu seu casamento afetado, em todos estes e em outros casos de prejuízos, faz jus à reparação. Aliás, igual é o tratamento do Direito norte-americano.³⁶⁰

[7] AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - O Poder Público não deve assistir impassível aos abusos praticados na cobrança de dívidas de consumo. Afora a propositura de ações civis, nos termos da legitimidade que lhe dá o art. 82, tem ele, como verdadeiro dever-poder, que aplicar, nos casos de infringência ao art. 42, as sanções administrativas previstas no Código.

Em especial, são pertinentes as penas de multa, de suspensão do fornecimento do serviço (a cobrança de dívidas), de suspensão temporária de atividade e cassação de licença do estabelecimento ou da atividade.

período das 8:00 às 21.00 horas. É a regra do *Fair Debt Collection Practices Act*, art. 805(a)(1).

³⁵⁹ *Ibidem*, art. 805(c).

³⁶⁰ *Ibidem*, art. 813.

[8] AS SANÇÕES PENAIS - Já mencionamos que o regramento das cobranças de dívidas de consumo, mais que qualquer outra parte do Código, vem casado com dispositivo da parte penal.

A capitulação penal está no art. 71:

Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Quando a cobrança for efetuada pelo próprio credor, pode, em certos casos, ocorrer um conflito aparente de normas entre o preceito do art. 71 e o do art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões). Tratando-se de dívida de consumo, aplica-se o tipo especial. Ressalte-se que este, ao contrário daquele do art. 345, é de ação penal pública incondicionada.

Por derradeiro, havendo lesões corporais ou morte, dá-se concurso material entre o crime especial e os dos arts. 121 e 129 do Código Penal.

Na hipótese de constrangimento, a violência é punida separadamente com base no Código Penal. Tudo isso em face da determinação do art. 61 de que os crimes tipificados no Código de Defesa do Consumidor assim o são “sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais”.

[9] A REPETIÇÃO DO INDÉBITO - O parágrafo único do art. 42 traz sanção civil para aquele que cobrar dívida em valor maior que o real.

Regra parecida - com traços distintos, como veremos - encontra-se no art. 940 do Código Civil (art. 1.531 do Código Civil de 1916³⁶¹).

[9.1] O REGIME DO CÓDIGO CIVIL - Nos termos do art. 940 do Código Civil de 2002:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

O art. 941, por sua vez, estabelece que: "As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido."

Cuida-se, no art. 940, de excesso de pedido *re plus petitur*. O dispositivo, hoje - como à época da elaboração do Código Civil -, é oportuno. Na lição preciosa de Washington de Barros Monteiro, "comprovada a má-fé do autor, ao reclamar dívida já paga no todo ou em parte, sem ressalva das quantias anteriormente recebidas, deve arcar com a pena cominada ao seu procedimento doloso e extorsivo."³⁶²

[9.2] PRESSUPOSTOS DA SANÇÃO NO REGIME DO CDC - A pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por três pressupostos objetivos e um subjetivo (= "engano justificável").

No plano objetivo, a multa civil só é possível nos casos de cobrança *de dívida*; além disso, a cobrança deve ser *extrajudicial*; finalmente, deve ela ter por origem uma dívida *de consumo*.

³⁶¹ O Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência do CC de 1916, editou a Súmula nº 159: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531, do Código Civil."

³⁶² Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva. 1977, vol. 5, p. 404.

Sem que estejam preenchidos esses três pressupostos, aplica-se, no que couber, o sistema geral do Código Civil.

[9.2.1] O PRESSUPOSTO DA COBRANÇA DE DÍVIDA - O dispositivo não deixa dúvida sobre seu campo de aplicação primário: “o consumidor cobrado em quantia indevida”. Logo, só a cobrança de dívida justifica a aplicação da multa civil em dobro. Por conseguinte,

Não se tratando de cobrança de dívida, mas sim de transferência de numerário de uma conta corrente para outra, injustificável é a condenação em dobro do prejuízo efetivamente suportado pela vítima.³⁶³

[9.2.2] O PRESSUPOSTO DA EXTRAJUDICIALIDADE DA COBRANÇA - Já fizemos referência ao fato de que toda esta Seção V destina-se somente às cobranças extrajudiciais. Não interfere, em momento algum, com a atuação judicial de cobrança. Eventual excesso ou desvio nesta será sancionado nos termos do art. 940 do Código Civil.

A sanção do art. 42, parágrafo único, dirige-se tão-somente àquelas cobranças que não têm o *munus* do juiz a presidi-las. Daí que, em sendo proposta ação visando à cobrança do devido, mesmo que se trate de dívida de consumo, não mais é aplicável o citado dispositivo, mas, sim, não custa repetir, o Código Civil.

No sistema do Código Civil, a sanção só tem lugar quando a cobrança é judicial, ou seja, pune-se aquele que movimenta a máquina do Judiciário injustificadamente.

Não é esse o caso do Código de Defesa do Consumidor. Usa-se aqui o verbo *cobrar*, enquanto o Código Civil refere-se a *demandar*. Por conseguinte, a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida.

³⁶³ STJ – 4ª T. - REsp 257.075/PE - rel. min. Barros Monteiro - j. 20.11.2001 - v.u.

O Código de Defesa do Consumidor, preventivo por excelência, enxerga o problema em estágio anterior ao tratado pelo Código Civil. E não poderia ser de modo diverso, pois se o parágrafo único do art. 42 do CDC tivesse aplicação restrita às mesmas hipóteses fáticas do art. 940 do CC, faltar-lhe-ia utilidade prática, no sentido de aperfeiçoar a proteção do consumidor contra cobranças irregulares, a própria *ratio* que levou, em última instância, à intervenção do legislador.

Além disso, o parágrafo único sob análise é norma complementar ao *caput* do art. 42 - e ninguém diz ou defende que o *caput* rege apenas a cobrança judicial de débitos de consumo!

Exatamente por regradar, no *iter* da cobrança, estágio diverso e anterior (mas nem por isso menos gravoso ao consumidor) àquele tratado pelo CC é que o CDC impõe requisito inexistente na norma comum. Note-se que, ao revés do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, de fato, *pago* indevidamente. Não basta a simples cobrança. No art. 940, é suficiente a simples *demand*a.

Por tudo o que se disse, cabe a aplicação do art. 42, parágrafo único, a toda e qualquer cobrança extrajudicial de dívida de consumo. Conseqüentemente, a negativação do nome do consumidor em SPC, SERASA ou outro serviço de proteção ao crédito enseja ao devedor cobrado ilegalmente pleitear a multa civil no dobro do valor indevido, sem prejuízo de perdas e danos de cunho moral, decorrentes da sua inclusão, sem justa causa, no rol dos devedores, prática que, sem dúvida, ofende sua honra pessoal e reputação de consumo.

A incerteza que reina na jurisprudência, nesse ponto, decorre da confusão entre *fato ilícito de cobrança* e *fato ilícito de negativação*. Embora as duas situações costumeiramente apareçam como irmãs siamesas, nem sempre é assim.

[9.2.3] O PRESSUPOSTO DA QUALIDADE DE CONSUMO DA DÍVIDA COBRADA - Sabemos, o Código de Defesa do Consumidor só regula relações jurídicas de consumo. Aí está o seu objeto: os chamados atos mistos, que apresentam, de um lado, um fornecedor e, do outro, um consumidor. São excluídos do regramento da lei especial os atos estritamente comerciais e os civis.

Daí que a sanção do art. 42, parágrafo único, só se aplica às dívidas de consumo, isto é, àquelas oriundas de uma relação de consumo, de regra um contrato. E este pode ser de compra e venda, de locação, de *leasing* etc.

Fundando-se a cobrança extrajudicial em débito de consumo, o Código Civil, com seu art. 940, é afastado pelo regime especial, mantendo-se, contudo, aplicável a dívidas decorrentes de outros fatos ou atos que não os de consumo.

[9.3] A SUFICIÊNCIA DE CULPA PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO - Se o engano é justificável, não cabe a repetição.

No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição.

O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

A prova da *justificabilidade* do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.

Exemplo típico de não-justificabilidade do engano é o que ocorre com as cobranças por computador. A automação das cobranças não pode levar o consumidor a sofrer prejuízos. Mais ainda quando se sabe que, na sociedade de consumo, o consumidor, em decorrência da facilidade de crédito, não tem um único débito a pagar e a controlar. E isso dificulta sua verificação rígida. Assim, os erros atribuídos ao *manuseio pessoal* do computador são imputáveis ao fornecedor. Consideram-se injustificáveis, pois lhe cabe o dever de conferir todas as suas cobranças, em especial aquelas computadorizadas.

De outro modo, é justificável o engano quando decorrente de “vírus” no programa do computador, de mau funcionamento da máquina, de demora do correio na entrega de retificação da cobrança original.

Não é engano justificável o erro de cálculo elaborado por empregado do fornecedor. É hipótese bastante comum nos contratos imobiliários, particularmente nas aquisições da casa própria, onde as variáveis são múltiplas e as bases de cálculo têm enorme complexidade. Como a maioria dos consumidores, de regra, em tais casos, não descobre o “equivoco”, há sempre um enriquecimento imerecido por parte do fornecedor.

É despidendo dizer que, em todos esses casos de cobrança indevida, é admissível a *class action* (ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos) dos arts. 91 a 100.

[9.4] COBRANÇA INDEVIDA POR USO DE CLÁUSULAS OU CRITÉRIOS ABUSIVOS - Muitas vezes, a cobrança indevida não decorre de erro de cálculo *stricto sensu*, mas da adoção, pelo credor, de *critérios* de cálculo e *cláusulas contratuais* financeiras não conformes com o sistema legal de proteção do consumidor.

Tal se dá, por exemplo, quando o fornecedor utiliza cláusula contratual abusiva, assim considerada pela lei ou por decisão judicial. Nesse sentido já se manifestou o STJ, pela voz do min. Aldir Passarinho Júnior: “Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.”³⁶⁴

Igual é a situação nos contratos de locação residencial, que, embora administrados por lei própria, são, inegavelmente, contratos de consumo (art. 7º, *caput*). Em tais contratações, as imobiliárias, muitas vezes à revelia do próprio locador, cobram uma série de despesas indevidas. E uma vez que o fornecedor (locador) cobre do consumidor (locatário), por exemplo, a *quantia ou valor além* do aluguel e *encargos permitidos*,³⁶⁵ aplica-se integralmente o art. 42, parágrafo único, do CDC. Isso além das contravenções penais previstas no art. 43 da Lei nº 8.245/91.³⁶⁶

[9.5] OS JUROS E A CORREÇÃO MONETÁRIA - Ao contrário do Código Civil, o art. 42, parágrafo único, prevê, expressamente, a atualização monetária do valor pago indevidamente (e da própria sanção); também determina-se o pagamento de juros legais.

Claro está que, além da sanção propriamente dita, da restituição do que pagou indevidamente e dos juros legais, o consumidor - embora não dito expressamente no dispositivo - faz jus a perdas e danos, desde que comprovados. É, novamente, a regra geral do art. 6º, VII.

³⁶⁴ STJ _ 4ª T _ REsp 453.782/RS - rel. min. Aldir Passarinho Junior - j. 15.10.2002 - v.u. No mesmo sentido: “Deve ser restituída em dobro a quantia cobrada a mais em razão de cláusulas contratuais nulas, constantes de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária” (STJ – 4ª T. - REsp 328.338/MG - rel. min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 15.4.2003 - v.u.).

³⁶⁵ Cf. Lei nº 8.245/91, art. 43, inc. I.

³⁶⁶ Lembrança feita ao Autor pelo atento advogado de Belo Horizonte Luiz Fernando Augusto.

[9.6] O VALOR DA SANÇÃO - A sanção nem sempre tomará por parâmetro o valor daquilo que foi pago. A não ser que este, por inteiro, seja indevido.

O mais comum, em tais casos, é o consumidor pagar, a um só tempo, algo que é devido acoplado a algo que não o é. Só sobre este último é calculado, então, o *quantum* da sanção (o seu dobro), bem como os juros legais e correção monetária.

Seção VI [1][3][4][5][6][7][8][9][10][14][15][16]

DOS BANCOS DE DADOS [2] E CADASTROS DE CONSUMIDORES [11][12]

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso [13.2] às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo [12.2.2] arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes [14][15][16].

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, [12.3.2] não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. [12.4] [14][15][16]

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. [13.1] [14]

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. [13.3][14][15][16]

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. [17]

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. [12.4][14] [15] [16]

COMENTÁRIOS

[1] FONTES DE INSPIRAÇÃO DESTA SEÇÃO - Até a promulgação do CDC, o Brasil, por inacreditável que seja, não contava com qualquer disciplina legal para os arquivos de consumo.

Eram notórios os abusos imputáveis a essa modalidade recente de coleta, organização e prestação de informações sobre a idoneidade pessoal e financeira das pessoas. Informações levadas ao conhecimento público, divulgadas pelos mais diversos meios de comunicação, em procedimentos banalizados, ensejando, como seria de se esperar, insatisfação generalizada, decorrência natural da gravidade e frequência de suas incursões indevidas.

Foram esses fatos que me levaram a redigir a presente Seção e apresentá-la, primeiro à comissão conjunta do Ministério Público de São Paulo e Secretaria de Defesa do Consumidor, e, depois, à própria Comissão de Juristas do CNDC (Conselho Nacional de Defesa do Consumidor). O texto por mim redigido não sofreu alteração significativa, seja nas comissões do Anteprojeto, seja na tramitação legislativa.

Como sucedera com a proposta para o regramento da cobrança de dívidas de consumo (art. 42), aqui - mais no art. 43 do que

no art. 44 - fui buscar inspiração no Direito dos Estados Unidos, tanto na legislação à época em vigor, quanto em propostas legislativas elaboradas por instituições especializadas, como o *National Consumer Law Center*.

Primeiro, foi útil a estrutura do *National Consumer Act*, na sua primeira versão final (*First Final Draft*), um anteprojeto de lei-modelo preparado pelo *National Consumer Law Center*. Segundo, levei em conta o *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*, aprovado pelo Congresso americano em 1970 e ainda em vigor, incorporado ao *Consumer Credit Protection Act*, como seu Título VI.

Tal fonte de inspiração não poderia ser mais apropriada. Nação com mercado de consumo maduro já no final dos anos de 1960, quando surgiram as primeiras manifestações organizadas de defesa do consumidor, os Estados Unidos estão há muito familiarizados com os problemas associados aos arquivos de consumo. Lá, não obstante as variações de denominação de lugar para lugar, podemos identificar três centrais principais de bancos de dados de consumo - entidades denominadas *credit reporting agencies* ou *credit bureaus*: *TRW Information Services*, *Equifax Credit Information Services* e *Trans-Union Credit Information Company*.

Nessa parte do CDC, a influência européia, em especial a comunitária, foi mínima, conquanto só em 1995 deu-se a promulgação da Diretiva européia sobre o tema (Diretiva n° 95/46).

O CDC, quando comparado com os modelos de controle de bancos de dados de outros países, continua a ser um dos mais avançados sistemas do mundo, assegurando efetiva proteção aos consumidores, sem inviabilizar a atuação dos arquivos de consumo. A jurisprudência, tanto a

dos Estados como, principalmente, a do STJ, vem dando uma contribuição essencial à aplicação efetiva do CDC.³⁶⁷

[2] EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ORGANIZAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS BRASILEIROS - No Brasil, os arquivos de consumo, embora fenômeno recente, evoluíram e cresceram rapidamente.

Não faz muito tempo que o País entrou, de modo massificado (o que não inclui a anotação na velha “caderneta”), na fase das vendas a prazo. Nos primórdios da popularização dos negócios de consumo a crédito - década de 1950 e primeira metade da de 1960 - não era nada simples, para o fornecedor e para o consumidor, o generalizado parcelamento do preço de produtos e serviços de consumo. Ao contrário, o procedimento mostrava-se demorado, oneroso e de difícil manuseio, como narra Bertram Antônio Stürmer, em detalhado estudo sobre o tema e as experiências pioneiras de crediário na cidade de Porto Alegre, nomeadamente da Casa Masson e das Lojas Renner.³⁶⁸

A embrionária técnica mercadológica do pagamento parcelado exigia de cada empresa a organização e manutenção de toda uma estrutura própria destinada a viabilizar o financiamento em condições mínimas de segurança para o credor. O candidato ao crédito precisava preencher minucioso cadastro, não só com seus dados pessoais, mas indicando ainda os locais onde habitualmente adquiria produtos e serviços, como o armazém, a alfaiataria e, em especial, outros estabelecimentos onde já comprara a prazo. Crucial nesse modelo primitivo de concessão massificada de crédito era a contratação pelas

³⁶⁷ No tema dos bancos de dados de consumo, não só a jurisprudência vem se encarregando de esclarecer e ampliar o campo de aplicação dos dispositivos pertinentes do CDC, como se observa uma notável produção acadêmica, liderada, dentre outros, por dois jovens e brilhantes juristas brasileiros, respectivamente de Curitiba e Brasília: Antônio Carlos Efig, *Bancos de dados e cadastros de consumidores*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; e Leonardo Roscoe Bessa, *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*, São Paulo Revista dos Tribunais, 2003.

³⁶⁸ Bertram Antônio Stürmer, “Banco de dados e ‘habeas data’ no Código do consumidor”, in *Lex*, ano 5, nº 49, setembro 1993, p. 10-11.



empresas de funcionários especializados, chamados *informantes*, com a exclusiva função de verificar, diária e pessoalmente, as referências que o candidato ao crédito apresentara. Conseqüência da atuação individual e fragmentada dos vários fornecedores a crédito, cada empresa era obrigada a coletar informações e organizar detalhado cadastro dos seus clientes, acessado por consulta manual. Dispondo de vastos arquivos, os maiores magazines viraram, então, fonte de pesquisa obrigatória para os *informantes*, que, no início da manhã e em grande número, a eles acudiam à procura de referências de consumidores eventualmente lá cadastrados.³⁶⁹

Ainda segundo Stürmer, foi em Porto Alegre que surgiu o primeiro SPC do Brasil, desdobramento natural da larga aceitação popular do emergente crediário, assim como das dificuldades de operação e insegurança das informações arquivadas, de forma isolada, por cada empresa que operasse com crediário. Assim, nos anos de 1950, 27 empresários da cidade, em reunião realizada na Associação Comercial, fundaram, como associação civil sem fins lucrativos, o Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, com ata de criação lavrada no dia 22 de julho de 1955. Logo em seguida, São Paulo criava o segundo SPC do País e já em 1962 era realizado em Belo Horizonte o 1º Seminário Nacional de SPCs.³⁷⁰

Hoje, no Brasil, vamos encontrar várias organizações operando como bancos de dados de consumo, tanto de caráter nacional como regional. Uma malha gigantesca de coleta, gerenciamento e fornecimento de dados sobre dezenas de milhões de pessoas, físicas e jurídicas. Decorrencia inevitável da dimensão do aparato tecnológico e humano dessas organizações é o fato de exercerem poder e influência igualmente impressionantes (para não dizer assustadores), mais ainda

³⁶⁹ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 10-11.

³⁷⁰ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 11.

quando, sabe-se, operam elas em parceria, permutando informações entre si, mediante convênios que firmam.

O SPC - Serviço de Proteção ao Crédito, ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL), é o mais amplo de todos esses serviços nacionais, detendo em torno de 70% do mercado brasileiro de informações de crédito ao consumidor. Em torno dele, gravitam cerca de 850 Câmaras de Dirigentes Lojistas no Brasil inteiro. Só nas cidades de São Paulo e Curitiba é que o SPC da CNDL perde a liderança para as Associações Comerciais locais, que operam serviços próprios.³⁷¹

Outro grande banco de dados é a SERASA - Centralização de Serviços dos Bancos S.A. Criada em 1968, a empresa, uma sociedade anônima, emprega hoje cerca de 1.500 funcionários, distribuídos por cerca de 130 agências ou postos avançados pelo Brasil afora. Em 1998, prestando serviços aos seus associados - um leque variado de instituições financeiras (mas não só) - a SERASA teve um faturamento de R\$ 280 milhões aproximadamente. Sua carteira inclui quase 300 mil clientes diretos e indiretos, atendendo a mais de um milhão de consultas ao dia.³⁷²

[3] DUAS QUESTÕES TEÓRICAS PRÉVIAS - No regramento legal dos arquivos de consumo, dois questionamentos teóricos, genéricos e prévios, devem ser mencionados. Primeiro, cabe destacar o crédito como objeto de relação jurídica de consumo; segundo, é oportuno discutir a extracontratualidade das relações jurídicas entre “negativados” e os bancos de dados.

Infelizmente, embora isoladas, não calaram por completo as vozes dos saudosistas do *ancien regime* de desproteção, defensores da tese de que, como os bancos de dados de consumo são atributo e

³⁷¹ Denise Carvalho, “A expansão do mercado de informações econômicas”, in *Revista Mercado*, publicação da ADVB, dez. 1998, p. 28.

³⁷² Elcio Aníbal de Lucca (presidente da SERASA), entrevista à *Revista Mercado*, publicação da ADVB, dez. 1998, p. 23.

decorrência necessários do crédito, o CDC deveria passar ao largo de tais organismos, conquanto inaplicável o regime especial às relações creditícias.

Sem discussões mais aprofundadas, impróprias para os fins que aqui nos orientam, de um lado é bom que se diga que, em todo o mundo, o crédito é incluído entre as manifestações da vida econômica que integram o corpo básico das relações jurídicas de consumo. Não bastasse isso, bem se sabe que os bancos de dados, malgrado imprescindíveis ao comércio creditício, têm vida jurídica própria, manifestando-se sobre e sob todo o sistema financeiro do País.

No meio jurídico-acadêmico, à exceção dos pareceristas contratados pela FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos, está pacificada a questão da submissão das instituições bancárias e financeiras ao regime do CDC. Sérgio Cavalieri Filho, em admirável obra que conjuga sua experiência de magistrado e jurista, preleciona que

o CDC, justamente para afastar esse tipo de discussão, expressamente incluiu as atividades bancárias e securitárias no conceito legal de serviços, não havendo como afastar a sua incidência desses segmentos do mercado de consumo, a menos que se negue vigência à lei. Não há dúvida de que bancos e seguradoras têm as suas legislações próprias disciplinando o seu funcionamento; mas, no que for pertinente às relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do CDC.³⁷³

Igual orientação segue a melhor e majoritária jurisprudência brasileira, como se percebe nessa manifestação irretocável do ministro Barros Monteiro, ao analisar litígio envolvendo o sistema de proteção ao crédito:

Nenhuma razão assiste ao banco recorrido ao afirmar que as operações bancárias realizadas com o público em geral não

³⁷³Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 371.

se subordinam às normas do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a jurisprudência, trata-se de atividade que se insere dentre as inúmeras relações de consumo reguladas pelo referido diploma legal.³⁷⁴

Em outro plano, também não procede o intuito de desqualificar o regramento jurídico dos bancos de dados de consumo sob o argumento contratualístico, isto é, de que inexistente relação jurídica contratual entre eles e o consumidor-vítima. É verdade, mas exatamente por isso mais se justifica a intervenção legislativa, pois, sem o manto protetório do contrato, o consumidor vê sua idoneidade financeira ser objeto de cadastro e qualificação, ausente qualquer manifestação sua de consentimento, comumente à sua revelia e até contrariando sua vontade íntima.

A tutela jurídica do consumidor, sabe-se, não é exclusiva ou sequer fundamentalmente contratual. Ao revés, trata-se de sistema protetório que atua antes, durante e depois da contratação. É equivocado, portanto, querer fazer coincidir os campos de atuação da *relação jurídica de consumo* e da *relação contratual de consumo*. Aquela é gênero, da qual esta é espécie. Uma é o todo; a outra, a parte.

Isso quer dizer que, no que se refere aos bancos de dados, o consumidor é sempre tutelado, ainda que se trate de situação posterior à formação do contrato ou até quando nem mesmo contratação de consumo original existiu (por exemplo, quando o consumidor é “negativado” por equívoco ou como avalista).

O Direito clássico tomava como certo que eventual tutela dada ao contratante haveria que se referir, prioritariamente, ao momento da manifestação do consentimento. Pouca atenção era dada à fase de execução do pactuado e, menos ainda, aos momentos posteriores ao

³⁷⁴ STJ – 3ª T. - REsp 549.665/RS - rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito - j. 5.10.2004.

exaurimento da relação contratual ou, num plano mais afastado ainda, à concessão por terceiros, alheios ao negócio, de consequências jurídicas a este exteriores e ulteriores. Logo, como regra seriam juridicamente irrelevantes alterações posteriores à fixação do programa contratual (tanto mais entre sujeitos que sequer eram contratantes) que, por hipótese, impossibilitassem ou onerassem excessivamente o consumidor no exercício do seu direito constitucional de contratar.

Não é assim no modelo legal do Estado Social, em que essas relações extracontratuais (ou pós-contratuais) de caráter coletivo ganham merecida proeminência. Manifestações dessa ordem vamos localizar, por exemplo, no dever de reparar os danos causados a terceiros por produtos ou serviços de consumo defeituosos, na proibição de cobranças abusivas de dívidas e no regramento dos arquivos de consumo. Nesse último caso, a proteção que o legislador oferta ao consumidor se dá em momento muito diverso daquele da formação ou mesmo da execução do contrato original. Mas não só. É amparo aplicável a sujeitos e contra sujeitos que não são necessariamente contratantes entre si.

[4] DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO E O CARÁTER INVASIVOS DOS ARQUIVOS DE CONSUMO - Na era da sociedade da informação (desdobramento sofisticado da sociedade de consumo), os bancos de dados adquiriram, perante a comunidade empresarial, uma estatua semi-divina, tamanha a confiança que neles depositam os agentes econômicos e, por via de consequência, os próprios cidadãos, vistos coletivamente.

Estrutura social caracterizada pelo anonimato de seus sujeitos, na sociedade de consumo a forma de o fornecedor “conhecer aquele a quem vai dar crédito é a consulta ao banco de dados, no caso, o SPC”.³⁷⁵ Não espanta, pois, que deles se espere onisciência, para saber tudo, não

³⁷⁵ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 26.

deixando pedra sobre pedra no edifício da individualidade e da privacidade; onipotência, ao determinar o destino dos negócios, com incontestável poder de vida ou morte sobre o *homo economicus*; onipresença, ao invadir todos os espaços da vida comunitária, muitas vezes confundindo o modesto, precioso e frágil território da privacidade de cada indivíduo com o mercado, onde tudo está à venda.

Não se trata de força que advém tão-só da estrutura sofisticada dos bancos de dados, mas que fundamentalmente surge no âmbito mais amplo do seu objeto de atuação, o produto que gerência e a todos oferece - *informação*. No mundo em que vivemos, é possível identificar quatro tipos básicos de poder: o econômico, o militar, o tecnológico e o da informação. Dos quatro, os arquivos de consumo ostentam três, ou seja, poder econômico, tecnológico e de informação. Sem freios, transmudam-se em ameaça, não aos “negativados”, mas a toda a sociedade, pondo em risco garantias constitucionais inalienáveis, base da nossa civilização.

Realmente, o que está em jogo aqui não são os interesses isolados e fragmentados de alguns, ou mesmo de milhares de indivíduos desabonados, maus pagadores, inadimplentes ou párias do crédito. Não é isso que impressiona e põe a força do Direito em movimento. O que marca e preocupa - por isso a natureza social amplíssima dos interesses protegidos - é a defesa da coletividade dos bons devedores, que igualmente está à mercê dos abusos praticados pelos bancos de dados. É danosidade difusa e não individual que, em última análise, estimula o legislador. A operação dos bancos de dados, se não exercida dentro de certos limites, se transforma “em dano social”.³⁷⁶

³⁷⁶ STJ, 4ª T., RE nº 22.337-8, RS, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.2.95, v.u., DJU 20.3.95.

Como se sabe, nas democracias modernas o cidadão é titular de um largo rol de direitos assegurados constitucionalmente. A existência e operação dos bancos de dados, se entregues à sua própria sorte, põem em risco vários desses direitos, ditos fundamentais. Na feliz expressão de Tavares Guerreiro, no mundo todo

vem se firmando um direito individual, que se pode afirmar típico da época contemporânea, outorgado e garantido a cada um, de conhecer as informações que lhe dizem respeito, armazenadas em repositórios, de caráter público ou privado.³⁷⁷

Tanto que o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De modo direto, o mau funcionamento dos arquivos de consumo ameaça, primeiramente, o direito à privacidade, por que cada indivíduo pode clamar, na esteira da elaboração mais ampla dos direitos da personalidade.³⁷⁸ Tanto mais quanto às instituições financeiras, em que avulta a questão do sigilo bancário, ainda não enfrentada adequadamente em relação a esses arquivos. Tais serviços funcionam pelo fornecimento de dados de consumidores a terceiros, participantes ou não da operação creditícia, toda ela normalmente coberta pelo sigilo constitucional.

Além disso, frontalmente ameaçado é o direito à imagem, tão caro nos modelos jurídicos da atualidade. A idoneidade financeira sempre foi – e cada vez mais é - um componente essencial da honorabilidade do ser humano. Representa o próprio ar que respira o *homo economicus*, que dele destituído perece por asfixia, levando consigo parte substancial da

³⁷⁷ José Alexandre Tavares Guerreiro *et al*, *Comentários ao Código do Consumidor*, coordenação de José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 142.

³⁷⁸ José Alexandre Tavares Guerreiro *et al*, *op. cit.*, p. 143.

cidadania de cada indivíduo e inviabilizando o usufruto de outro interesse primordial reservado pela Constituição: a qualidade de vida.

Indiretamente, sofre o direito (= liberdade) de que todos são titulares de livremente contratar no mercado. Ora, uma vez “negativado”, com seu crédito aniquilado, são remotas, para não dizer inexistentes, as possibilidades de o consumidor exercer tal prerrogativa constitucional, pois vivemos num modelo de sociedade - a de consumo — impregnado pela regra de que os bancos de dados têm sempre a última palavra no momento da contratação.

Se é certo que os arquivos de consumo retiram sua legitimidade genérica da própria garantia da ordem econômica privada, esculpida no art. 170 da Constituição Federal, é esse mesmo dispositivo que lhes impõe uma série de amarras, na forma de princípios, aí se incluindo a defesa do consumidor.³⁷⁹ No plano antecedente a este, têm prevalência os direitos da pessoa humana, até porque insculpidos no portal de entrada da Constituição.³⁸⁰

Por essas e outras razões, vem o legislador e estabelece limites formais e materiais para a coleta, manutenção e divulgação de dados sobre o consumidor. Assinale-se, finalmente, que o registro irregular não viola somente dispositivos do CDC, mas amiúde ofende direitos de índole constitucional.

[5] ARQUIVOS SOBRE CONSUMIDORES E SOCIEDADE DE CONSUMO - Os arquivos de consumo - e entre eles, notadamente, os bancos de dados - representam uma das manifestações da sociedade de consumo, isto é, da velocidade que esta imprime nas relações contratuais e econômicas em geral. Melhor dizendo, trata-se, a um só tempo, de manifestação e condicionante da sociedade de consumo, pois é provável

³⁷⁹ Constituição Federal, art. 170, inc. V.

³⁸⁰ Constituição Federal, art. 52.

que sem tais organismos não teríamos o crédito facilitado e massificado, um dos pilares dessa forma de organização do mercado.

Inclusive no Brasil, já adiantamos, tais repositórios aparecem, de maneira organizada, após a Segunda Guerra Mundial, ampliando sua presença com os desenvolvimentos tecnológicos que propiciam a acumulação rápida e fácil de dados e informações sobre as pessoas. Foi em reação a essa realidade, na qual se apresentam inegáveis atributos e preocupações de ordem pública, que, segundo a correta lição de Tavares Guerreiro, o Direito

logo se armou, no concernente à disponibilidade e utilização das informações assim colecionadas e organizadas, para disciplinar o poder (e seu respectivo abuso) de que passa a ser titular todo aquele a que se faculta o conhecimento, a manipulação e o uso dos amplos materiais coletados. Pode-se afirmar, hoje, que a mera disponibilidade de informações sobre terceiros configura modalidade de poder, capaz de ameaçar a liberdade das pessoas.³⁸¹

Todos concordam que o aparecimento dos arquivos de consumo trouxe benefícios à sociedade de consumo, não sendo difícil apontar sua utilidade, na ampliação da circulação de produtos e serviços, na diminuição dos riscos do crédito, agilizando sua concessão, e na mecanização das informações financeiras. Mas são facilidades que não vêm sem custos sociais, alguns elevados demais para serem suportados pela ordem constitucional, como vimos.

Se, por um lado, é difícil não reconhecer traços de legitimidade na existência desses organismos no mercado, por outro, há de se identificar e disciplinar os riscos deletérios que conduzem, que se materializam tanto no mau uso do sistema, como nas desconformidades de sua estruturação básica e funcionamento. A benção de legitimidade

³⁸¹ José Alexandre Tavares Guerreiro *et al*, *op. cit.*, p. 142.

que o ordenamento está pronto a outorgar não inibe, até estimula, a previsão de limites, pois

tais mecanismos albergam graves distorções, seja por falta de atualização dos dados ou de precisão na forma como a informação está registrada ou é transmitida, causando problemas e danos de diversa ordem aos consumidores, especialmente na sensível área de crédito, quer se trate de pessoas físicas ou mesmo de empresas cuja sobrevivência resta, no mais das vezes, amarrada à obtenção de crédito, para capital de giro ou novos investimentos.³⁸²

Antes do CDC - e, infelizmente, ainda na sua vigência³⁸³ - eram comuns os abusos dessas instituições, vitimando consumidores individual e coletivamente, práticas que, mesmo após as primeiras manifestações de desaprovação por parte dos tribunais nacionais, continuaram, com espírito desafiador do bom senso e do espírito de justiça que devem nortear as relações jurídicas entre os povos civilizados.

Logo, o CDC "tinha que enfrentar este problema e o enfrentou",³⁸⁴ procurando regular a coleta, arquivamento e fornecimento de informações sobre o consumidor, impondo a tais organismos responsabilidades proporcionais aos valores constitucionais com os quais têm interface. Nesse ponto, relembra João Batista de Almeida, com a autoridade de sua larga experiência na matéria, o legislador do CDC

³⁸² James Marins, "Habeas data, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26, abril/junho 1998, p. 106.

³⁸³ Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado, em que a instituição bancária infringe duas vezes o CDC; primeiro, ao enviar cartão de crédito ao consumidor, sem prévia solicitação sua; segundo, ao inscrever o nome do "inadimplente" em banco de dados de consumo: "Remessa de cartão de crédito a consumidor, sem solicitação prévia, constitui ilícito, conduta defesa pelo Código de Defesa do Consumidor. Se o banco, sem assinatura no pacto creditício, leva à cobrança, e anota perante a SERASA o nome do pseudocliente, pelo não-pagamento das parcelas relativas à anuidade, e desse fato advêm danos de ordem moral ao cliente não aderente, cabe ao banco o ressarcimento" (2º Trec., JECivRS, Ap. nº 01597542776, rel. juiz Paulo Antônio Kretzmann J. 11.11.97).

³⁸⁴ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 52.

partiu da realidade fática e da vivência prática para estabelecer normas de proteção ao consumidor. Atento à verdadeira avalanche de abusos cometidos nessa área - que iam da utilização irregular de informações para forçar o pagamento de débito até a inabilitação creditícia do interessado na via extra-oficial -, procurou inibir tais condutas abusivas.³⁸⁵

A sociedade de consumo tem quatro características básicas: a) o anonimato de seus atores; b) a complexidade e variabilidade de seus bens; c) o papel essencial do *marketing* e do crédito; e, d) a velocidade de suas transações.

Foi-se o tempo em que fornecedor e consumidor se conheciam e estavam unidos por uma relação de confiança mútua. Por outro lado, o consumidor comum não mais tem condições de analisar, com facilidade, o produto ou serviço que adquire. Ademais, a relação de consumo, que antes se resumia àquelas duas partes, agora tem terceiros a influenciar fortemente a decisão de compra e de venda, isto é, os fornecedores de crédito ao consumo e os profissionais de publicidade. Finalmente, as relações de consumo não mais se processam esporádica e lentamente (em dias certos de feiras públicas), assumindo, ao contrário, um caráter de continuidade, de imprevisibilidade e de velocidade: o consumidor, em um único dia, adquire produtos e serviços os mais diversos, dos mais diferentes fornecedores, e com muitos destes jamais teve, com certeza, qualquer contato ou nunca mais voltará a tê-lo.

Três desses traços da sociedade de consumo estão diretamente ligados aos arquivos de consumo. Tais entidades, a um só tempo, superam o anonimato do consumidor (o fornecedor não o conhece, mas alguém está a par de sua vida e história), auxiliam na concessão do crédito (por receber informações confiáveis de terceiros, o fornecedor, mesmo sem conhecer o consumidor, oferece-lhe o crédito), e, por

³⁸⁵ João Batista de Almeida, *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 96.

derradeiro, permitem que os negócios de consumo sejam feitos sem delongas (se o crédito é rápido, o consumidor pode aproveitar essa economia de tempo para adquirir outros produtos ou serviços de fornecedores diversos).

Tudo isso para salientar que os arquivos de consumo desempenham, atrás notamos, uma função positiva na sociedade de consumo.³⁸⁶ Mas, como toda atividade humana, estão sujeitos a abusos e, por isso, devem ser controlados. Não é à toa que a Exposição de Motivos do *Fair Credit Reporting Act*,³⁸⁷ de 1970, e conhecido como *FCRA* (Título VI do *Consumer Credit Protection Act*), alerta que “os serviços de proteção ao crédito vêm assumindo um papel vital ao reunir e avaliar o crédito de consumidores e outras informações sobre estes”. E conclui: “Há uma necessidade de assegurar que estes serviços de proteção ao crédito exercitem suas graves responsabilidades com equidade, imparcialidade e respeito pelo direito à privacidade do consumidor.” É uma tarefa para o Direito, com a regulação legal aqui adotando, como melhor veremos adiante, uma quádrupla função de: a) garantia da privacidade do consumidor; b) indução à transparência na coleta, armazenamento e gerenciamento de informações; c) imposição de padrões temporais e de veracidade; e, d) instituição do dever de reparar eventuais danos causados.

Beneficiando-se da situação de desconhecimento mútuo entre consumidor e fornecedor, bem como da necessidade deste de avaliar os riscos de um eventual negócio com aquele, os bancos de dados significam, nesse sentido, uma ponte entre esses dois sujeitos da relação jurídica de consumo. Um que quer o produto ou serviço a crédito, o outro que teme ingressar numa contratação sem conhecer adequadamente seu parceiro.

³⁸⁶ Michael Greenfield, *Consumer transactions*, Mineola, The Foundation Press, Inc., 1983, p. 167.

³⁸⁷ 15 U.S.C par. 1681-1681t.

Vitimado pelo anonimato recíproco e pela desconfiança que dele advém, a primeira providência do fornecedor, com o intuito de acautelar-se, é buscar informações, exigindo que o consumidor preencha um formulário. Sabendo que seu cliente potencial apresentará

quadro o mais favorável possível, é provável que o fornecedor faça investigações complementares. Tal pode se resumir a uma simples verificação da exatidão dos dados através de contato com o empregador e outras pessoas que o consumidor liste como seus credores. Ou pode consistir em contato com um banco de dados ou serviço de proteção ao crédito para obter não apenas a comprovação das informações prestadas pelo consumidor, mas ainda outras tantas adicionais que este pode não ter relatado ou desejado relatar. Antes, a concessão de crédito era fundamentalmente realizada com base na avaliação face a face que o credor fazia do consumidor. Hoje, é comum chegar-se à decisão apoiando-se em dados frios obtidos pelo fornecedor do crédito, com pouco ou nenhum contato pessoal com o consumidor. Por isso mesmo, os bancos de dados desempenham um papel crítico na concessão de crédito ao consumidor.³⁸⁸

Numa palavra, como apropriadamente salienta Antônio Carlos Efig,

os arquivos de consumo têm exercido papel importante na sociedade de consumo e ao longo do tempo transformaram-se em verdadeiros certificados de idoneidade financeira e comercial de todos aqueles que desenvolvem alguma atividade na sociedade, bem como de todos os cidadãos que de alguma forma necessitam de crédito, razão pela qual o estudo dessa matéria é tão relevante.³⁸⁹

[6] NECESSIDADE DE CONTROLE DOS ARQUIVOS DE CONSUMO — Há pouco dissemos que, por preencherem uma necessidade do mercado, beneficiando o próprio consumidor, não quer dizer que tudo sejam flores no reino dos arquivos de consumo. Muito ao contrário. Ninguém melhor que Tavares Guerreiro resumiu o desafio que se põe para o legislador e para o Judiciário:

³⁸⁸ Michael Greenfield, *op. cit.*, p. 163.

³⁸⁹ Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 251.

A extraordinária rapidez com que os bancos de dados podem elaborar perfis de informação do indivíduo (no assim dito 'tempo zero'), a possibilidade de desvio de finalidades na utilização dos próprios dados informativos e a falibilidade dos processos informáticos constituem potencial ameaça aos direitos da personalidade, na medida em que produzem (ou podem produzir) situações constrangedoras, das quais a pessoa só se pode liberar mediante meios modernos de tutela (entre os quais os agora previstos), dado que as soluções tradicionais se mostram ineficazes para garantir a sua segurança e tutelar adequadamente seus interesses.³⁹⁰

Exatamente porque o uso dessas entidades é disseminado e cresce ininterruptamente, têm elas o condão de diariamente afetar, noutro ponto sublinhamos, a vida de milhares de consumidores, não só daqueles que efetiva-mente são inadimplentes, mas de todos nós cidadãos, devedores ou não, contratantes ou não. Oportuno dizer que os cadastros de inadimplentes assumem uma "assustadora" importância no mercado creditício, cabendo-lhes, numa palavra, determinar, indiretamente, a própria concessão ou não de crédito de consumo.³⁹¹ Ou seja, têm eles a própria chave, por assim dizer, da sociedade de consumo, como atrás salientamos.

E assim é em todo o mundo. Na sociedade de consumo como a conhecemos, o consumidor não existe sem crédito; dele destituído, é um nada. Um bom histórico creditício é um patrimônio tão valioso quanto um currículo exemplar, no momento em que se procura emprego. Irrecusável que a influência dessas informações cadastrais nos destinos da vida do consumidor é poderosíssima, não tendo ele praticamente nenhum controle pessoal sobre onde e como seus antecedentes são fixados por terceiros, que desconhece.

Os organismos, privados ou públicos, que armazenam informações sobre os consumidores clamam, pois, por controle rígido, seja

³⁹⁰ José Alexandre Tavares Guerreiro *et al*, *op. cit.*, p. 143.

³⁹¹ Márcio Mello Casado, *op. cit.*, p. 179-180.

administrativo, seja judicial, este ora penal, ora civil. A acumulação de dados sobre o consumidor, por mais singela e útil que seja, não deixa de ser uma invasão de sua privacidade, como já fizemos referência. O perigo aumenta quando se sabe que, com freqüência, o anotado não é acurado, não está atualizado ou é, pura e simplesmente, falso. Isso sob o pano de fundo de que o intuito de sua guarda é tudo adiante repassar às mãos de terceiros, milhões de vezes, mediante remuneração ou não.

Não se veja nesse louvável esforço do legislador nenhuma vocação para premiar o mau pagador. Realmente, as leis de defesa do consumidor “não são editadas para a proteção de inidoneidade financeira”.³⁹² O que visa o CDC é simplesmente a assegurar o direito inalienável, próprio de todos os cidadãos - os devedores, inclusive —, ao *due process*, à privacidade e à honra, garantias constitucionais estampadas no preâmbulo das pautas políticas dos Estados democráticos.

Os riscos para o consumidor - conjugados aos benefícios já comentados - são, sem dúvida, de vulto. Estamos diante de entidades que, contrariando a vontade dos investigados, coletam e disseminam informações financeiras negativas, que necessariamente lhes fecharão as portas do crédito, essencial na sociedade de consumo. Isso, rotineiramente, sem que o consumidor sequer tenha conhecimento de sua “negativação”,³⁹³ pintado como mau pagador ou inadimplente, desconhecendo, ademais, o conteúdo daquilo que contra si foi arquivado, ignorância essa que exacerba sua vulnerabilidade e os riscos de inexatidão. Quando desabonado indevidamente, o consumidor pode se ver na situação juridicamente inaceitável de ser barrado na porta do crediário,

³⁹² Juiz Fernando Sebastião Gomes, sentença no Proc. 2.472/96, 2ª Vara Cível Central, São Paulo-SP, j. 3.3.97, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 276.

³⁹³ O termo é de uso corrente no mercado; contudo, Antônio Carlos Efigênia afirma preferir “a expressão *positivado* para designar tal situação, levando em conta o conceito popular e a praxe da expedição de certidão positiva em caso de lançamento ou ocorrência em cadastros e bancos de dados de consumidores” (*op. cit.*, p. 60). A questão nomenclatural é puramente de enfoque, não de essência.

quando, na verdade, seria merecedor de seus favores. Se inexistentes mecanismos legais para sua proteção, o consumidor, até por desconhecer as razões que levaram à vedação do seu crédito, fica à mercê da boa vontade das instituições de registro e dos próprios fornecedores-usuários desses serviços. Negado por um, o crédito, por certo, será rejeitado por todos, enquanto não corrigidos ou apagados os assentos detratores.

No Brasil, só para dar um pálido exemplo com um banco de dados que sequer é dos maiores, a SERASA recebe mais de um milhão de consultas ao dia. Segundo seu presidente, Elcio Aníbal de Lucca: “Temos dados de *todas* as empresas legalmente constituídas no País e sobre *todas* as pessoas com alguma atividade econômica, disponíveis 24 horas todos os dias da semana.”³⁹⁴ Em um de seus arquivos especializados, o “Concentre” (antes denominado “Central de Restrição”), a SERASA dispõe de 130 milhões de informações de pessoas físicas e jurídicas, “com exclusiva cobertura nacional, abrangendo cheques sem fundos, roubados ou extraviados, protestos, concordatas, falências, ações executivas de busca e apreensão, até participações em insucessos empresariais”.³⁹⁵

[7] NATUREZA JURÍDICA DOS ARQUIVOS DE CONSUMO - O legislador do CDC, preocupado em assegurar a mais ampla proteção ao consumidor cadastrado em arquivo de consumo, em especial quanto à possibilidade de utilização de *habeas data*, estabeleceu que os “bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.³⁹⁶

É bom ressaltar que, nos termos do art. 43, § 4º, têm *caráter público* não apenas os bancos de dados (como os SPCs e a SERASA), que prestam serviços a terceiros, associados ou não, como também os

³⁹⁴ Entrevista..., cit., p. 23, grifo nosso.

³⁹⁵ Entrevista..., cit., p. 23.

³⁹⁶ CDC, art. 43, § 4º.

próprios *cadastros internos* das empresas, mesmo que só passíveis de uso pelo seu próprio detentor.

O presidente da República vetou o art. 86, do CDC, que dispunha: “Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.” Como bem salienta Kazuo Watanabe, com sua costumeira precisão, o veto foi inoperante, de vez que o “*habeas data* é uma ação constitucional com os requisitos indicados no próprio texto constitucional e por isso é irrecusável sua utilização toda vez que esses requisitos estiverem presentes”.³⁹⁷

Assim, o CDC, ao legalmente enxergar *caráter público* nos arquivos de consumo, quis simplesmente abrir as portas da ação constitucional, mostrando ser ela instrumento adequado para seu controle, nos exatos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal. Isso porque os arquivos de consumo, como regra, têm natureza jurídica privada, a não ser quando instituídos por entidades oficiais, como os PROCONS e o próprio Banco Central.

Em síntese, estatais ou privados, os arquivos de consumo são tidos pelo ordenamento, a partir do CDC, como de “caráter público” (o que é bem diferente de vislumbrá-los como sendo intrinsecamente de Direito Público). Com isso se quer significar que seu funcionamento e administração - corretos e justos, nos termos da Constituição - apresentam particular interesse para a sociedade como um todo (= interesse público), conferindo-se a esta certos direitos especiais (como, por exemplo, direito de acesso aos arquivos da empresa), não necessariamente exercitáveis contra outras modalidades de atividade empresarial.

³⁹⁷ Kazuo Watanabe *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 661.

A qualificação de caráter público, portanto, longe de criar benefícios ou privilégios para tais organismos, estabelece, em verdade, claros ônus complementares, em acréscimo àqueles já instituídos para o regular funcionamento da atividade empresarial comum. Antes, pois, de adicionar novos atributos e prerrogativas a esses agentes econômicos, o CDC teve em mente instituir um amplo, rigoroso e público controle de suas operações, no interesse da comunidade.

Ser de “caráter público” significa, então, que aos arquivos de consumo, afastando-se do regime jurídico válido para a maioria das empresas, são impostas obrigações e limitações adicionais, desenhado que foi um aparato legislativo próprio para sua disciplina. Tanto assim que o legislador resolveu confiná-los à geografia das liberdades públicas, válidas normalmente contra o Estado e seus apêndices, com isso assegurando-se de que, em termos de transparência, *due process*, rigor formal e conteúdo, os arquivos de consumo recebam similar tratamento.

A finalidade do dispositivo do CDC, por conseguinte, não foi, em absoluto, legitimar e festejar os arquivos de consumo, mas, equiparando-os ao Estado, em termos da desconfiança que geram, estabelecer mecanismos asseguradores de que não se desviarão dos padrões rígidos que lhes conferem legitimidade na ordem constitucional *welfarista*.

Já se disse, com muita propriedade, que nunca

é demais lembrar que os bancos de dados, ainda que controlados por empresas privadas, ostentam caráter público, como prevê o Código de Defesa do Consumidor, e nessa condição devem garantir administrativamente direito de defesa porque este, por sua vez, é instituído na vigente Constituição Federal como uma das garantias individuais do cidadão.³⁹⁸

³⁹⁸ Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 279.

São considerados de “caráter público” para permitir a utilização de certos instrumentos processuais que só têm cabimento contra tais tipos de entidades (mandado de segurança e *habeas data*, por exemplo), espantando, de vez, dúvida que porventura viesse a permanecer. A inclusão dos arquivos de consumo no universo restrito das instituições de caráter público não tem por *ratio* lhes conferir o poder de cadastrar pessoas, manipulando a seu bem querer o nome e reputação dos cidadãos. É exatamente o oposto: por estarem *publicizados*, cada indivíduo, solitária ou coletivamente, ganha o direito de questioná-los da maneira mais ampla possível, tanto nos procedimentos que utilizam, como no conteúdo do que mantêm.

Como afirmado exemplarmente pela desembargadora Elaine Harzheim Macedo,

a regra do art. 43, § 1º, do CDC, ao dispor sobre o caráter público dos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, foi erigida também sob o princípio que inspira aquele estatuto e que vem insculpido no art. 1º, ou seja, em defesa do consumidor. Vale dizer, quando o legislador menciona o caráter público dos registros, significa que os mesmos não podem ser negados, quer quanto ao acesso, quer quanto às retificações, ao consumidor.³⁹⁹

Em síntese, o CDC, ao cuidar dos arquivos de consumo, não pretendeu, nem mesmo remota ou indiretamente, legitimar sua atuação e presença no mercado. Deles não tratou para lhes conferir extensão maior ou intocabilidade; ao revés, foi intuito seu confinar, sob o manto de uma rígida disciplina, a discricionariedade e irresponsabilidade legal que os caracterizava, impondo-lhes regras claras, sempre com os olhos postos na proteção dos consumidores e, através deles, na preservação de direitos fundamentais inalienáveis, que a todos aproveita. Só e nada mais.

³⁹⁹ TJRS, 17ª Câm. Cível, AI nº198.061046, rel. desª Elaine Harzheim Macedo, j. 30.6.98, v.u.

[8] VENDA DE CADASTROS DE CONSUMIDORES E PRÁTICAS ABUSIVAS - Um tema que não foi ainda tratado no Brasil é o da comercialização de cadastros de consumidores, com ou sem sua permissão. Já passou da hora de fazê-lo. Infelizmente aqui, diante das restrições que uma obra jurídica como essa impõe, só podemos tocar a superfície dessa complexa matéria, que carrega consigo repercussões multifacetárias, algumas de cunho constitucional, outras com raízes assentadas no Direito Civil (responsabilização por uso indevido, por exemplo) e Direito Penal.

A matéria foi abordada por nós nos comentários ao art. 39. De toda sorte, cabe aqui ressaltar que esse é um campo recheado de abusividade.

[9] ANTINOMIA ENTRE REGULAÇÃO PRIVADA E ESTATAL DOS BANCOS DE DADOS. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS EM DETRIMENTO DOS ESTATUTOS DE CARÁTER AUTO-REGULAMENTAR E CONTRATUAL - Os arquivos de consumo organizam-se ora com personalidade jurídica própria (SERASA), ora sob o manto de uma entidade maior, na qual se inserem como um departamento ou serviço (Clube de Diretores Lojistas ou Associações Comerciais). Em ambos os casos, contam com uma malha auto-regulamentar própria, vale dizer, com estatutos, regulamentos e convênios, aprovados e firmados coletiva ou individualmente.

Evidentemente, à moda do que sucede com a auto-regulamentação publicitária, os comandos de caráter constitucional e legal têm prevalência em relação a esses dispositivos de natureza privada. A normalização estatal dos arquivos de consumo é de ordem pública, consoante o art. 1º, do CDC; trata-se de direitos indisponíveis, de interesse social e repercussão difusa, e que, por isso mesmo, podem ser agregados *ex officio* ao processo pelo juiz.

Ao cotejarmos o texto constitucional e o CDC com as normas contratuais ou éticas que regem os bancos de dados, logo identificamos, aqui e ali, incompatibilidades e antinomias. Retraem-se, por suposto, estas, diante da força incontestável e irresistível do balizamento da Constituição e das leis.

Como veremos adiante, não são poucas as hipóteses em que as normas auto-regulamentares do setor contrariam, direta ou indiretamente, os dispositivos legais, sendo por isso mesmo fulminadas de invalidade e destituídas de qualquer impacto no âmbito da regulação traçada pelo legislador de maneira imperativa.

[10] IRRELEVÂNCIA, PARA FINS DE CONTROLE, DA ORIGEM OFICIAL DAS INFORMAÇÕES COLETADAS - Os arquivos de consumo são controlados independentemente da gênese das informações que registram. A incursão que faz o legislador no setor não é estimulada ou orientada pela fonte onde os dados foram coletados, mas pela forma de coleta, a praxe do armazenamento e as técnicas de disseminação.

O fundamento para a intervenção reguladora do Direito tem a ver principalmente com a força multiplicadora (e, por vezes, arrasadora) desses organismos, já que dados incorporados a suas centrais não só são informatizados e organizados, como ainda circulam em grande velocidade e volume, ensejando, a partir deles, a constituição de “perfis” para cada cidadão economicamente ativo.

Uma vez confrontados com esse cenário de poderosa centralização da comunicação de massa, manipuladora de referências pessoais que remontam ao universo mais seletivo da vida privada de cada indivíduo, é fácil compreender a preocupação e o rigor do legislador e do aplicador com a propensão a erros, omissões, abusividade e caráter invasivo desses organismos. Ao toque de uma tecla de computador, em tese, todo o País está habilitado a receber informações variadas sobre a

vida privada - ou o que restar dela - de um cidadão qualquer, bastando que tenha esta conta bancária ou participe minimamente do cotidiano da sociedade de consumo, importa dizer, *todos nós*.

Nessa matéria, conseqüentemente, os direitos assegurados aos consumidores não levam em conta o ponto ou modalidade de coleta da informação que venha eventualmente a ser incorporada pela entidade aos seus arquivos. Pode ela ter sido produzida diretamente pelo fornecedor (um crediário não pago, por exemplo), adquirida, mediante remuneração ou não, de terceiros (por exemplo, contratos de permuta de registros que os bancos de dados firmam entre si), ou ser produto de função estatal, jurisdicional ou administrativa (cartórios e distribuidores, naquele caso, e o Banco Central, por exemplo, nesta última hipótese). Em quaisquer dessas situações, permanecem válidos todos os deveres e pressupostos estabelecidos pelo CDC, tanto quanto a legitimidade da intervenção administrativa e judicial de controle.

É lícito a qualquer pessoa consultar os bancos de dados públicos, nomeadamente os distribuidores. A *ratio* dos vários dispositivos do CDC, nessa matéria, é evitar que organismos, que fazem disso seu negócio, disseminem tais informações de maneira universal e descontrolada, transformando dados ainda cobertos pela aura da provisoriedade em verdades peremptórias e irrefutáveis. Ou, ainda, massificando registros falsos, enganosos ou simplesmente ilegítimos, posto que desconectados com a finalidade de apoio ao crédito que deveria orientar sua coleta e gerenciamento. São essas características perversas e desviantes - nomeadamente a força da massificação desses organismos, que advém da informatização e mecanização generalizada, a ausência de controle por parte do Estado e o intuito lucrativo - que, de um lado, distinguem os bancos de dados de suas fontes estatais e, por outro, justificam o tratamento especial a eles conferido pelo ordenamento.

O princípio da publicidade dos atos cartorários não traz consigo esse potencial exagerado de risco, próprio dos sistemas massificados de proteção ao crédito. Os atos cartorários, de outra parte, são norteados por normas próprias e rígidas, inclusive garantia de *due process*, além de submeterem-se a regular fiscalização estatal, exatamente o que falta aos bancos de dados de uma maneira geral.

Tão sensível e complexa é essa área da atividade humana que, não obstante todas as cautelas oficiais, ainda assim situações de abusividade ocorrem no âmbito dos repositórios estatais, contaminando informações por acaso lá coletadas. Sem falar dos cheques furtados, roubados ou extraviados, sabe-se que nesses registros mantidos pela máquina do Estado são anotados, diariamente, incontáveis casos de protestos indevidos, bastando recordar, por exemplo,

as inúmeras ocorrências de duplicatas emitidas sem causa, por empresas que buscam apenas descontá-las em estabelecimentos bancários ou empresas de *factoring*, ocorrendo os protestos sem que os devedores apontados pudessem impedir a lavratura do ato cartorário, seja por falta de oportunidade, seja por sua não-localização.⁴⁰⁰

Outra característica que distingue as instituições cartorárias dos bancos de dados privados protetores do crédito é que aquelas estão organizadas de maneira fragmentária, o que diminui o impacto e danosidade de possíveis incorreção ou imprecisão daquilo que foi arquivado e comunicado.

É consenso que esses bancos de dados trazem consigo uma irresistível e imensa respeitabilidade entre os seus associados e pares, o que acaba por mitigar ou mesmo anular eventual qualificação *a latere*, destacando a provisoriedade dos registros, conquanto carentes de manifestação judicial definitiva. O *index*, nessa ótica, mesmo que

⁴⁰⁰ Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 279.

temperado com observações dessa natureza, continua impiedoso com aqueles que passam a integrá-lo.

Nessa linha, a melhor jurisprudência:

Pouco importa se as informações restritivas ao crédito sejam resultantes de dados públicos, pois, ainda que isso fosse absolutamente verdadeiro, tem-se que considerar o efeito genérico e de temerário largo espectro à restrição ao crédito que os dados coletados pelas entidades de verificação do crédito possuem, não se podendo afiançar, com a necessária ausência de dúvida, serem eles, entretanto, corretos e capazes de demonstrar a real situação financeira e econômica daqueles que foram incluídos nos respectivos cadastros, como inadimplentes, pela simples impontualidade, com ou sem cobrança judicial.⁴⁰¹

A origem da informação só adquire relevância em uma única hipótese: quando sua fonte é destituída de legitimidade, seja porque os meios utilizados são ilícitos (escuta telefônica ou correspondência particular), seja porque a coleta deu-se de forma fraudulenta (por exemplo, induzindo o consumidor em erro, fazendo-o crer que preenchia apenas uma ficha de inscrição em sorteio). O sistema constitucional - e até a norma penal - protege o consumidor (e o cidadão em geral) contra essas condutas invasivas da privacidade e descaracterizadoras da legitimidade do Instituto.

Por último, cabe ressaltar que o consumidor, ao fazer um cadastro qualquer, tem a expectativa legítima de que as informações que presta só serão usadas para os fins limitados do objeto do negócio jurídico em questão. Qualquer outro destino que o coletor ou arquivista dê a esses dados configura prática abusiva, nos termos do art. 39, *caput* ("dentre outras práticas abusivas"), do CDC.

[11] MODALIDADES DE ARQUIVOS DE CONSUMO DISCIPLINADAS PELO CDC - Em estrito rigor terminológico, a expressão

⁴⁰¹ TAC-SP, 5ª Câmara, Ap. Cív. nº 750.151-1, rel. juiz Cunha Garcia, j. 21.10.98, v.u.

arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registros: os *bancos de dados* e os *cadastros de consumidores*, denominação dobrada utilizada pela Seção VI, do Capítulo V (“Das Práticas Comerciais”), do CDC, que alguns preferem chamar, simplesmente, de “cadastros de inadimplentes”.⁴⁰²

Conforme já referiu o min. Dias Trindade, o art. 43 protege o consumidor em relação a

informações que existam sobre ele em ‘cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados’, o que encerra uma abrangência da maior amplitude, sendo de dizer que tais informações poderão encontrar-se registradas de outras quaisquer maneiras, além das indicadas, que não constitui enumeração fechada, como é óbvio.⁴⁰³

No mesmo sentido, confirma Fábio Ulhoa Coelho que a disciplina do CDC

se aplica a qualquer armazenamento de informações, informatizado ou não, precário ou altamente organizado. O pequeno fornecedor que mantém uma agenda com dados de sua clientela deve, tanto quanto o grande empresário, observar o conjunto de regras definidas em defesa do consumidor.⁴⁰⁴

A *ratio* do codificador, por conseguinte, foi abarcar com as duas denominações *todas* as modalidades de armazenamento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou abertas a terceiros, informatizadas ou manuais,

⁴⁰² Cf. Márcio Mello Casado, *op. cit.*, p. 179. Devemos ter um certo cuidado com tal denominação, pois, embora atraente, pode levar ao entendimento equivocado de que é só de devedores *inadimplentes* que cuida a lei. Ora, o *sistema* do CDC - que vai além do art. 43 - não tem aplicação restrita aos cadastros daqueles que, por uma razão ou outra, deixaram de pagar aquilo que demanda o credor. Também disciplina os bancos de dados de consumidores *adimplentes* (= cadastros positivos, de bons devedores, na ótica do mercado), na medida em que possam ser utilizados, pela via transversa, como negativação indireta ou implícita dos outros devedores que deles não constem.

⁴⁰³ STJ, 3ª T., REsp 30.666-1, RS, rel. min. Dias Trindade, j. 8.2.93, v.u., DJU 22.3.93, grifo nosso; cf., também, RT 696/349.

⁴⁰⁴ Fábio Ulhoa Coelho *et al.*, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* (coordenação de Juarez de Oliveira), São Paulo, Saraiva, 1991, p. 175.

setoriais ou abrangentes. É nessa perspectiva que bem se pode falar que o CDC *publicizou* os arquivos de consumo, não no tocante à sua dominialidade ou gerenciamento dos registros, mas no que tange à acessibilidade ampliada e democratizada das informações que mantêm.

Diferentes na sua organização, funcionamento e modalidades de usuários, os *bancos de dados e cadastros de consumidores* trazem em comum a qualidade de armazenarem informações sobre terceiros, para uso em operações de consumo (mesmo que de forma indireta, como é o caso de seu emprego no "*targeting*" publicitário), nomeadamente aquelas executadas mediante crédito. Tratemos, pois, de diferenciar as duas noções.

Dotados de perfil próprio e distinto de seus congêneres, aos *bancos de dados*, tal qual regulados pelo CDC, ajuntam-se pelo menos *quatro* características primordiais: a) *aleatoriedade* da coleta, fenômeno motivado pelo interesse indiscriminado ou indefinido que os orienta, posto que quanto maior a base de dados, mais confiável e respeitado é o organismo; b) *organização permanente* das informações, que ali ficam, de modo latente, a espera de utilização futura, independentemente do número de operações que o consumidor realize no mercado; c) *transmissibilidade extrínseca* ou *externa*, isto é, direcionada a terceiros, outros que não o próprio arquivista, não mantendo este relação de consumo contratual com o consumidor; e, d) *inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor* quanto ao registro, que dificilmente é produto de solicitação sua, mas providência acolhida à sua revelia.

Os bancos de dados podem apresentar-se de inúmeras formas, todas igualmente abrangidas pelo CDC. Como já observamos, no Brasil, seus principais representantes são os Serviços de Proteção ao Crédito (SPCs) e a SERASA.

Partilhando afinidades com os bancos de dados, os *cadastros de consumidores* deles se apartam em pelo menos três pontos. Primeiro, a *permanência* das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado. Segundo, tampouco funcionam os cadastros pigmentados pela *aleatoriedade* na coleta de informações. Exatamente porque o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa), os “cadastráveis” tendem a ser bem delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Em oposição à prática dos bancos de dados, é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa por longo período, a exclusão de seu nome do cadastro mantido. Por derradeiro, os cadastros orientam-se pela *transmissibilidade intrínseca* ou *interna*, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista, que, como há pouco notamos, não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, atual ou eventual sujeito direto de relação jurídica de consumo.

Por via de regra, o consumidor cadastra-se *sponte propria* junto ao fornecedor, no momento em que decide adquirir um determinado produto ou serviço. Mas nada impede que a empresa acrescente àquilo entregue pelo cadastrado informações outras, de caráter complementar, resultado tanto de pesquisa que possa conduzir ou mesmo experiência de mercado, como de aquisição pura e simples em arquivo de consumo, gerido por terceiro. Daí a sua equiparação aos bancos de dados, conquanto nesse processo de aprimoramento dos registros as anotações podem se tornar inexatas.

Tanto os bancos de dados como os cadastros são compostos de informações, que podem ser pessoais (por exemplo, data de nascimento, estado civil, residência e profissão) ou de consumo (= histórico financeiro do indivíduo).

O CDC ora usa o vocábulo “bancos de dados” (§ 4º), ora, rendendo-se à força da denominação popular, utiliza expressões do tipo “serviços de proteção ao crédito e congêneres” (§ 4º) ou “Sistemas de Proteção ao Crédito” (§ 5º). Há, aqui - como autor do dispositivo reconheço - um desvio, intencional, de técnica legislativa, no afã de ser o mais explícito e categórico possível, mesmo com prejuízo da perfeição redacional, ao incluir, lado a lado, num mesmo dispositivo, o gênero e a espécie.⁴⁰⁵ Daí que quando o Código, no § 1º, singularizou os SPCs, o fez com o intuito de enfaticamente incluí-los e não de eximi-los da aplicabilidade geral do pressuposto temporal representado pelo quinquênio.

Anteriormente mencionamos que, tecnicamente falando, e isso fica, claro no batismo dado à Seção VI do CDC (“Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”), os arquivos de consumo subdividem-se em duas grandes famílias: bancos de dados e cadastros de consumidores, que são, por sua vez, gênero em relação a um variado universo de tipos e modalidades menores.

Assim, uma leitura menos atenta do dispositivo poderia levar à equivocada conclusão de que estamos tratando de entidades apartadas e

⁴⁰⁵ Nunca é demasiada, principalmente no Brasil, a preocupação do legislador com a minúcia e o detalhe, abusando de repetições aparentemente inúteis, até quando isso possa prejudicar a fluência do estilo. Nesse ponto, cabe lembrar que, mesmo nesses casos de manifestação legal cristalina, ainda assim os pareceristas de plantão sequer ruborizam ao negarem aquilo que vem estatuído de forma expressa na norma. Confira-se, como instrutivo exemplo e alerta a não ser olvidado, o esforço (e insucesso) da FEBRABAN em contestar a aplicabilidade do CDC às operações bancárias, apesar de o Código definir serviços como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de *natureza bancária, financeira*, de crédito e securitária” (art. 3º, § 2º, grifo nosso).

sem relação entre si (bancos de dados e SPCs), quando, de fato, na estrutura do CDC só temos, repita-se, essas duas grandes categorias: os bancos de dados e cadastros de consumidores.

Logo, ao referir-se a bancos de dados (§ 4º), estritamente falando o Código não necessitava mencionar “serviços de proteção ao crédito e congêneres”, pois estes nada mais são do que fragmentos de um todo maior, aqueles. Quem diz “bancos de dados” diz “serviços ou sistemas de proteção ao crédito”, embora o reverso não seja verdadeiro, pois existem bancos de dados que não se destinam, direta e imediatamente, à proteção do crédito como tal (os bancos de dados dos órgãos de segurança, por exemplo).

Conseqüentemente, desarrazoado pretender que onde legível “bancos de dados”, não se visse “SPCs” - onde se encontrasse o todo, não se identificasse a parte. Realmente, um entendimento que, na mesma proporção da sua “inocente” simplicidade, semeia a negação absoluta da própria *ratio* protetória do consumidor que orientou o dispositivo.

O exercício reducionista aqui só tem um objetivo, sequer remotamente técnico: evitar a aplicação do § 1º, *in fine* (limite temporal dos cinco anos), aos Serviços de Proteção ao Crédito. O STJ, rápida e incisivamente, repudiou essa exegese não albergada pela lógica e sistema do CDC, ao decidir que “a especificidade das anotações dos Sistemas de Proteção ao Crédito não as exclui do conceito genérico das existentes em ‘bancos de dados’”.⁴⁰⁶

E isso sem que, entre os vitoriosos argumentos utilizados para afastar o entendimento favorecedor dos SPCs, sequer fosse utilizado o mais forte de todos, qual seja, a impossibilidade de afastar-se a aplicabilidade da parte final do § 1º (o prazo de cinco anos), dele

⁴⁰⁶ STJ, 3ª T., REsp 30.666-1, RS, rel. min. Dias Trindade, j. 8.2.93, v.u., DJU 22.3.93, grifo nosso; cf., também, RT 696/349.

retirando os registros de débitos do consumidor (*rectius*, os SPCs) sem, simultaneamente, impedir a incidência da sua primeira metade (os requisitos de veracidade e correção das informações arquivadas).

Se, como advogam os defensores dos SPCs, a norma do § 1º (determinadora do limite de cinco anos para as “informações negativas”, mas também dos requisitos de forma e de veracidade) destina-se “a todos os bancos de dados e cadastros, de forma genérica, *com exclusão dos Serviços de Proteção ao Crédito*”,⁴⁰⁷ teríamos, então, que essa importante garantia do Código, direcionada a pôr limites de conteúdo e vida útil aos bancos de dados, seria aplicável a tudo, menos aos SPCs, exatamente as modalidades de arquivo de consumo que mais inspiraram o legislador, no momento de decidir-se pela redação e inclusão de toda a Seção VI, no corpo do CDC, como reação, até tardia, contra os abusos que praticavam (e praticam) tais organismos no processo de armazenamento e gerenciamento dos registros relativos à confiabilidade creditícia dos consumidores.

Nessa linha de raciocínio, de exegese reducionista e *contra legem*, o resultado — tanto inevitável quanto absurdo (sim, porque localizadas, no mesmo dispositivo, ambas exigências) - seria que, não só o quinquênio, mas também os pressupostos substantivos (= registros verazes e inquestionamento do débito) e formais (= registros objetivos, claros e em linguagem de fácil compreensão) não valeriam para os arquivos de consumo relativos a “débitos do consumidor”, ou seja, SPCs, que seriam duplamente beneficiados. Primeiro, estariam livres para sancionar perpetuamente os consumidores, indo além dos cinco anos determinados pelo Código. Segundo, agora por via de consequência, determinada pela sua exclusão do campo de aplicabilidade do dispositivo em questão, teriam aberta (melhor dizer, mantida) a porta da impunidade, quando suas anotações fossem falsas ou enganosas, ou

⁴⁰⁷ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 23, grifo nosso.

mesmo quando apresentassem caráter subjetivo, obscuro, ou utilizassem de linguagem de difícil compreensão. Em uma palavra, o CDC viria para nada mudar.

Realmente, em técnica exegética minimamente rigorosa, é impossível retirar esse ou aquele sujeito do campo de aplicação de certos deveres estatuídos num determinado dispositivo legal, e, ao mesmo tempo, em contradição, todos incluir no rol dos destinatários de outros deveres previstos em passagem diversa, mas do mesmo dispositivo. Na expressão “cadastros e dados de consumidores”, utilizada pelo § 1º, ou se enxerga os SPCs, para fins tanto do quinquênio, como dos pressupostos materiais e formais, ou não se os vê para nada, retirando-os, por completo, do campo de incidência de quaisquer dessas categorias de exigências. Interpretação medonha, por assim dizer, que levaria, numa palavra, a derrotar o próprio sistema do CDC.

[12] PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE DOS ARQUIVOS DE CONSUMO - Os arquivos de consumo só se legitimam quando preenchem certos pressupostos, que, por serem de inspiração constitucional e determinação legal, são inafastáveis, requisitando obediência *cumulativa*. Ofensa a qualquer dessas exigências desqualifica, imediatamente, o registro, sem prejuízo de disparar a aplicação dos instrumentos de implementação do ordenamento, vale dizer, a responsabilidade administrativa, civil e penal. Agrupam-se tais pressupostos em *quatro* categorias principais:

- a) *teleológicos* (= de finalidade);
- b) *substantivos* (= de conteúdo ou de fundo);
- c) *procedimentais* (= de forma); e,
- d) *temporais* (= de vida útil ou termo inicial e final).

Os pressupostos teleológicos dizem respeito aos objetivos visados (e autorizados) pela coleta, armazenamento e circulação dos dados manipulados. Diferentemente, os pressupostos substantivos referem-se à natureza e ao tipo de informação arquivada. À sua vez, os pressupostos procedimentais têm a ver com certas formalidades essenciais impostas aos arquivadores de consumo. Por último, os pressupostos temporais comandam, no tempo, a validade das anotações.

Só quando preenchidas integralmente essas quatro categorias de pressupostos é que os arquivos de consumo expõem-se como exercício regular de um direito, nos termos do art. 188, I, do Código Civil de 2002, dispositivo legal esse que, como é próprio de qualquer prerrogativa infraconstitucional, sofre balizamento orientado por padrões estatuídos na Constituição e na legislação especial protetora dos sujeitos vulneráveis, alicerce da nossa civilização *welfarista*.

Todos esses pressupostos trazem consigo deveres (para o credor e para o banco de dados) e direitos (para o consumidor) a eles associados, como melhor veremos adiante.

[12.1] O PRESSUPOSTO TELEOLÓGICO - O fim único dos arquivos de consumo é necessariamente *prospectivo*: um olhar para frente, dedicado a alertar credores potenciais sobre os riscos envolvidos ao negociarem com esse ou aquele consumidor.

Vistos por esse enfoque, os arquivos de consumo transitam em trilha constitucional e legalmente demarcada, e que aponta para a *prevenção*, como seu exclusivo objetivo; jamais se prestam a garantir o débito em questão, a punir o devedor faltoso ou coagir ao pagamento. Colimada, direta ou indiretamente, intenção diversa, insurge-se o ordenamento, agitado pela repulsa que sente contra a utilização desses organismos como arma complementar às garantias contratuais permitidas, inegável providência de caráter coativo que, por funcionar de

modo retrospectivo, é vedada. A regra recepcionada pelo CDC, que remonta ao sistema da Constituição Federal de 1988, é simples e direta: *nenhum arquivo de consumo pode se transformar em curador de dívidas não pagas; não é coletor de débitos.*

Os arquivos de consumo, em todo o mundo, são vistos com desconfiança. Esse receio não é destituído de fundamento, remontando a quatro traços básicos inerentes a esses organismos e que se chocam com máximas da vida democrática contemporânea, do *Welfare State*: a unilateralidade (só arquivam dados de um dos sujeitos da relação obrigacional), a invasividade (disseminam informações que, normalmente, integram o repositório da vida privada do cidadão), a parcialidade (ênfatisam os aspectos negativos da vida financeira do consumidor) e o descaso pelo *due process* (negam ao “negativado” direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional). Por isso mesmo, submetem-se eles a rígido controle legal.

O ato de “negativar” um consumidor é realizado, portanto, sobre uma tênue linha, que separa, na perspectiva dos fins visados, o permitido e o vedado. Claro, nem sempre é fácil distinguir a *ratio* que levou o credor a arquivar ele próprio a informação ou a solicitar seu registro em banco de dados. Mas, em várias situações, fica patente que o fornecedor buscou agregar finalidades outras além daquela única permitida, isto é, a proteção coletiva do crédito e não a adimplência específica da obrigação que originou o registro.

Assim, *v.g.*, quando a inscrição vem precedida de ameaças dirigidas ao consumidor inadimplente (“caso você não me pague imediatamente, vou mandar seu nome para o SPC, o que fechará as portas do crédito para você”)⁴⁰⁸ ou, ainda, quando é subsequente à ação

⁴⁰⁸ Não é propriamente raro que tal ocorra, mesmo quando o consumidor, de forma veemente, protesta contra a ilegalidade e falta de causa para a cobrança, seja porque inexistiu contratação, seja porque se trata de dívida paga. Pior, com violadores que estão

judicial movida pelo devedor, impugnando a integralidade da dívida ou a abusividade de cláusulas do contrato firmado. Situação assemelhada é aquela em que, como melhor analisaremos, o credor, prematuramente, por não ser a dívida incontestável, inscreve o nome do consumidor no arquivo de consumo, tentando resguardar seu crédito específico e particular.

Em todos esses casos, dois objetivos, ambos ilícitos, movem o fornecedor. De um lado, pretende-se desestimular o direito legítimo do devedor de buscar, nos termos da Constituição Federal, pronunciamento judicial capaz de dirimir recorrentes conflitos creditícios. Quanto mais tempo demorar a solução judicial do litígio, maior será o período (e prejuízo) em que o consumidor deparar-se-á com portas entreabertas ou simplesmente fechadas para si em matéria de crédito. Como precisamente alerta o ministro Ruy Rosado de Aguiar, são por demais

conhecidos os efeitos negativos do registro em bancos de dados de devedores; daí porque inadequada a utilização desse expediente enquanto pende ação consignatória, declaratória ou revisional, uma vez que, inobstante a incerteza sobre a obrigação, já estariam sendo obtidos efeitos decorrentes da mora. Isso caracteriza um meio de desencorajar a parte a discutir em juízo eventual abuso contratual.⁴⁰⁹

entre as maiores empresas do mercado e já após vários anos de vigência do CDC. É ilustrativa, nesse ponto, a seguinte notícia de um diário paulista: “A professora Ana Maria Sais Miqueletti, 53, diz que a empresa Credicard está cobrando, pela quarta vez, uma conta já paga. Segundo a professora, no dia 9 de julho de 1996, ela pagou suas compras em 11 prestações de R\$ 440,00, que já foram quitadas. Desde então, ela recebe cartas da Credicard cobrando R\$ 3.000,00. Ana Maria diz ter todos os recibos dos depósitos, mas a Credicard insiste em efetuar a cobrança. ‘Eles já ameaçaram colocar meu nome no SPC (Serviço de Proteção ao Crédito)’, afirmou. A empresa Credicard diz que já tomou providências para a regularização da conta da professora Ana Maria, já que foi comprovada a quitação do débito e que o processo de cobrança junto à empresa foi cancelado. A Credicard informa ainda que está implementando medidas para que problemas dessa natureza não mais ocorram” (“Credicard cobra conta já liquidada”, *in Folha de S. Paulo*, Caderno São Paulo, Seção “A Cidade é Sua”, 16.6.98, p. 2).

⁴⁰⁹ STJ, 4ª T., RE nº 172854-SC, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 4.8.98, v.u., DJU 8.9.98.

Mas não é só. De outra parte, como já indicamos, deseja-se, pela estigmatização creditícia e social, transformar a “negativação” em instrumento de cobrança do crédito e não mais em mecanismo legítimo de proteção da universalidade do crédito e, a partir dela, de todo o mercado. Essa qualidade expiatória, de cunho privado, que se pretende conferir aos bancos de dados, viola os princípios básicos da ordem constitucional.

O certo é que, com o passar dos anos, os bancos de dados, sem que isso aparentemente estivesse no projeto original de seus formuladores, transmudaram-se, fruto dos abusos praticados pelos seus usuários, de instrumentos legítimos de proteção ao crédito em mecanismos condenáveis de cobrança de dívidas. A tarefa do ordenamento, portanto, ao erigir esse pressuposto teleológico, é assegurar que a tênue fronteira finalística dos arquivos de consumo não seja violada, sob pena de, em última análise, estarmos profanando cânones estruturais da nossa ordem constitucional, nomeadamente o direito ao crédito, a garantia do acesso à justiça, a proteção do consumidor e a proibição das penas infamantes.

Que o caráter repetitivo ou costumeiro do fato não prejudique nossa apreciação do próprio fato. Na inscrição prematura do nome do devedor nos bancos de dados não reside o intuito, compreensível na sociedade de consumo, de proteger o crédito massificado, beneficiando a globalidade difusa dos credores e, a partir destes, todos os consumidores, favorecidos por juros mais baixos.

Nesse ponto, o magistrado precisa estar atento para evitar que o credor - pela via fácil, rápida e barata do registro - venha, de fato, a embaraçar, dificultar, quando não, pura e simplesmente, impedir a intervenção dos órgãos judiciais, destinada a fiscalizar a legalidade e legitimidade das cláusulas contratuais. A garantia do acesso à justiça é uma das mais relevantes conquistas do Estado contemporâneo; por isso

mesmo, está insculpida na Constituição Federal. Quando o Constituinte determinou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,⁴¹⁰ fez na verdade referência que se projeta em duas direções. Por um ângulo, quis reprimir o impulso do legislador ordinário ou regulamentar de, diretamente, erigir barreiras à análise judicial de lesões ou ameaças a direitos. Noutra perspectiva, menos evidente, indicou sua insatisfação também com formas indiretas em que o mesmo resultado aparece, como, por exemplo, quando o Estado - em quaisquer de suas três funções - omite providências destinadas a salvaguardar o acesso à justiça, ameaçado por desmandos privados.

Em tais situações desviantes, de descaracterização teleológica do instrumento, o *animus* que movimenta o fornecedor beneficiário do registro não é tanto o de impedir o acesso à justiça *per se*, mas o de dificultá-lo tanto quanto possível, pois só assim poderá conservar a integralidade da estrutura contratual, ou seja, imunizando do escrutínio judicial a globalidade das cláusulas incorporadas - as legitimadas pelo ordenamento e também aquelas contaminadas por abusividade e caráter leonino.

A todo custo, então, é tarefa dos implementadores expurgar tal uso torto dos arquivos de consumo, vale dizer, sua utilização como veículo de bênção indireta a comportamentos mercadológicos inaceitáveis. Inaceitáveis por que sepultam, na névoa e na esteira da pressão psicológica e financeira de uma negativação, o inconformismo do devedor com a inclusão no seu débito de quantias não contratadas ou oriundas de cláusulas contratuais abusivas, insatisfação essa que, no terreno infraconstitucional, é de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 1º e 51, do CDC.

⁴¹⁰ Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV.

À luz do art. 51, do CDC, certas condições contratuais são reputadas nulas de pleno direito, reação do legislador à equação leonina de sua formulação. Nada mais natural, então, que se restrinja qualquer impulso do credor, freqüentemente irresistível, objetivando afastar, por via transversa mas nem por isso menos condenável, a aplicação dos comandos legais de ordem pública, que a todos (= a coletividade) tutelam, interessam e salvaguardam.

[12.2] PRESSUPOSTOS SUBSTANTIVOS - Cumprido o pressuposto teleológico (= legitimidade da finalidade do registro), o próximo passo, na escala de exigências impostas aos arquivos de consumo, é o preenchimento de certos pressupostos substantivos: a) inquestionamento do débito e exatidão da informação apreendida e b) tipo (= conteúdo) de informação arquivada.

A discussão aqui já não é mais sobre a ontologia do registro, mas sobre ser ou não ser o dado substancialmente registrável.

Há dados que, mesmo dentro dos prazos permitidos, não são passíveis de registro, conquanto duvidosos. De outro lado, certas informações, mesmo que cristalinas e temporalmente legítimas, também rejeitam o assentamento, já que, no seu âmago, incompatíveis com a natureza de consumo dessas modalidades de arquivos.

[12.2.1] INQUESTIONAMENTO DO DÉBITO E REGISTRO - O caráter indubitoso do dado é da essência dos arquivos de consumo. Esse traço é visto em dupla perspectiva: a) certeza sobre o débito e b) convicção sobre a informação em si mesma considerada.

A inscrição do nome do devedor em arquivo de consumo só pode ser postulada pelo credor quando a obrigação restar incontestada, tanto por conformismo do devedor, como por pronunciamento judicial. Não é exercício regular de direito prática que contrarie tais exigências. Do

contrário, a hipótese será exatamente a oposta: abuso de direito,⁴¹¹ projetado pela banalização da atividade e a conspurcação desse sistema moderno de informações financeiras.

Sem garantias mínimas de segurança e validade do débito, todo o sistema resvala para a constituição de *tribunais privados de exceção*, pois o credor, por desvio de função do instrumento, afasta o que sobra de constitucionalidade a tal prática, baseada na presunção de que o que se protege é o crédito, visto genericamente. Não sendo assim, terminamos com um mecanismo ilícito de cobrança, embasado no uso de coação social, constrangimento público, estigmatização e execração do *homo economicus*.

Essa é a regra básica, então: só os débitos induvidosos podem ser objeto de registro financeiro, mais ainda quando contratualmente garantido o débito por outros meios, “sob pena de abusividade”⁴¹² do procedimento. Havendo dúvida, judicial e razoavelmente materializada, sobre o seu valor ou sobre a própria existência da obrigação, descabida a manutenção do arquivo, a qualquer título, mesmo que como anotação.

Outra não é a posição do Superior Tribunal de Justiça. Na voz respeitável do ministro Ruy Rosado de Aguiar, um dos maiores civilistas nacionais,

inegável a consequência danosa para aqueles cujos nomes são lançados em bancos de dados instituídos para o fim de proteção do crédito comercial ou bancário. Daí porque, existindo ação que ataque a validade do título, onde se impugna o valor do débito cobrado pelo banco com fundamentos razoáveis, parece adequado que a utilização

⁴¹¹ Sobre abuso de direito, cf. Heloísa Carpena, *op.cit.*

⁴¹² 1º TAC-SP, 6ª Câmara, AgIn 736.243-2, rel. juiz Castilho Barbosa, j. 27.5.97, RT 746/260.

daqueles serviços, que servem para estigmatizar o devedor, aguarde o desfecho da ação.⁴¹³

Como é curial, enquanto perdura o litígio judicial, inexistem segurança e certeza aptas a legitimar o julgamento público e massificado que os arquivos de consumo propiciam. A abertura dos portões da prestação jurisdicional interrompe - temporariamente, é certo - o fluxo de informações sobre o potencial devedor. E enquanto perdurar o confronto judicial, independentemente de depósito, permanece obstado, de maneira intransponível, o registro.

Como afirmamos, não fosse assim estaríamos, na contramão da história, transformando os arquivos de consumo em verdadeiros tribunais privados de exceção, conquanto determinados, sob o manto da arrogância de um grupo restrito de agentes econômicos, a lavrar ato com graves conseqüências, sem esperar a manifestação final das instituições incumbidas pela Constituição Federal de dirimir os conflitos intersubjetivos, o Judiciário.

Claro que não é qualquer impugnação judicial que leva a tal resultado. A regra de ouro do ordenamento é sempre a razoabilidade. Ao juiz incumbe, num juízo preliminar e temporário, examinar, de um lado, a fundamentação da insatisfação do consumidor, assim como seu histórico de inadimplência. De outro, cabe perquirir o comportamento do banco de dados e do próprio fornecedor original, nomeadamente precedentes similares e reclamações levantadas por outros consumidores.

Uma das marcas da nossa sociedade, anteriormente referida, é exatamente o desaparecimento do crédito isolado e circunstancial,

⁴¹³ Essa é a ementa do acórdão: "Banco de dados. SERASA. SPC. SDC. Inscrição de devedor. Ação de nulidade. Tramitando ação onde os devedores pleiteiam o reconhecimento da invalidade do título que teria sido preenchido com valores excessivos, mediante argumentação verossímil, pode o juiz deferir antecipação parcial de tutela para cancelar o registro do nome dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Arts. 273 do CPC e 42 do CDC. Recurso conhecido e provido." (STJ, 4ª T., RE nº 168934-MG, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24.6.98, v.u., DJU 31.8.98).

organizando-se um modelo creditício instantâneo e mecanizado, *i.e.*, despersonalizado e dependente de informações arquivadas em bancos de dados. Ora, num tal cenário, fecharem-se ao indivíduo os portões das instituições financeiras é condenar o *homo economicus*, que todos somos, a perecer.

A presença de “dúvida”, e tão-só disso, desde que *prima facie* legítima, desmonta a postulação de pertinência do registro, não aproveitando, em nenhuma hipótese, ao fornecedor (para abençoar o assentamento), mas ao consumidor (para livrá-lo da execração pública). Do devedor não se requer presente, para impedir a manutenção do registro, prova peremptória e irrefutável do caráter ilícito ou exagerado do débito; é suficiente agregue ele argumentos razoáveis, que fragilizem a cristalinidade da dívida.

A certeza do débito, para fins de registro no SPC/SERASA, também não se confunde com a liquidez, certeza e exigibilidade imediata do título. Uma vez contestado o débito em juízo, rui para o credor a possibilidade de registrá-lo nos arquivos de consumo.

Além do art. 43, do CDC, o consumidor tem ao seu lado o art. 39, *caput*, segundo o qual é, genericamente, prática abusiva a inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplente, enquanto perdurar discussão judicial acerca da legitimidade do débito. Ainda no mesmo art. 39, o legislador vedou o repasse de “informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos” (inc. VII). Ora, procurar amparo judicial para dirimir suas insatisfações de consumo é direito constitucionalmente assegurado a todos os consumidores, já vimos.

Não se desconhece que, em termos estritamente civilísticos, a mora caracteriza o inadimplemento contratual, mas não se confunde com o simples retardamento do pactuado. A inscrição em arquivo de consumo

clama por mais do que simples retardamento no cumprimento da obrigação, já que só passível de ser levada a cabo diante de inequívoca mora, seja porque não impugnada pelo devedor, seja porque fruto de manifestação judicial transitada em julgado.

A questão já foi levada, por várias vezes, aos tribunais nacionais.⁴¹⁴ Em voto irretocável, que reflete a melhor orientação jurisprudencial vigente, o juiz Nivaldo Balzano assim se posicionou:

Esse registro é antijurídico na medida em que não distingue a mora do inadimplemento, nem do retardamento. O inadimplemento é a não-satisfação da obrigação no prazo. A mora decorre do inadimplemento comprovado, sem causa ou injusto. Mas nem toda retardação caracteriza mora do devedor, podendo ocorrer de fato inimputável ao obrigado, mas sim de causa própria da conduta do pretendo credor, como exemplo, exigência de encargos excessivos pelas instituições financeiras, aplicação de índices de reajustamentos indevidos, capitalização de juros vedada, falta de demonstração inequívoca do débito, enfim, tantas outras práticas do dia a dia que não encontram amparo no direito. O singelo decurso do prazo de uma obrigação, sem perquirição de outros fatores, por si só, não gera o direito de enviar os dados do retardante a um cadastro de restrições amplas ao crédito, comprometendo todas as atividades negociais.⁴¹⁵

Cumpra ainda fazer menção do fato de que se a dívida é renegociada, em uma ou várias parcelas, não pode o nome do consumidor constar de bancos de dados, enquanto não caracterizada a mora dos novos valores pactuados. Débito continua a existir, mas não débito em atraso. Os bancos de dados não são simples registros de devedores, mas de devedores comprovada e reconhecidamente inadimplentes. Não mais havendo a mora, sem sustento o registro negativo com base na dívida

⁴¹⁴ "SERASA. Averbção de mutuário em contrato de mútuo bancário no seu quadro de inadimplentes, com negativação de crédito. Inadmissibilidade. Inclusão do devedor que somente é possível desde que configurada a inequívoca inadimplência ou por decisão judicial transitada em julgado e não mera impontualidade. Indenização, por dano moral decorrente de antijurídica restrição ao crédito bancário, devida. Recurso provido." (1º TAC-SP, 5ª Câmara, Ap. Cív. nº 750.151-1, rel. juiz Cunha Garcia, j. 21.10.98, v.u).

⁴¹⁵ 1º TAC-SP, 5ª Câmara Extraordinária, Ap. Cív. nº 722.299-5, rel. juiz Nivaldo Balzano.



original. Só um novo atraso justificará a reintrodução do registro, repetindo-se o procedimento inicial (dever de comunicação etc).

Já mencionamos que, para alcançar o sustamento do registro, excetuando-se hipóteses de impugnação absurda, basta a contestação judicial do débito, que opera *tout court*, mesmo que em sede de embargos do devedora à execução. Nessa linha, *v.g.*, assegura o Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, publicado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil, que "será suspensa a informação de registro, desde que comprovada a existência de litígio judicial".⁴¹⁶

Ademais, não determina o CDC, nem seria o caso de fazê-lo, pois isso tem a ver com assegurar o crédito e não o registro, que depósito seja efetuado. Sua exigibilidade, como mecanismo ensejador da suspensão do assentamento, configura uma fórmula engenhosa de pressão complementar sobre o devedor, particularmente daquele - e quem não se encontra nessa posição hodiernamente? - que amiúde depende de crédito.

Tecnicamente falando, eventual depósito judicial não guarda qualquer relação com o ato do registro, em si considerado. Em absoluto não se quer, aqui, dificultar a cobrança do débito pelo credor, direito legítimo seu, resguardado com providências várias pelo ordenamento. Mas a finalidade pública - e única - dos arquivos de consumo, não custa repetir, é garantir o mercado e não o credor original, que de resto, melhor que ninguém, conquanto manteve relação contratual direta com o consumidor, bem sabe que precisa tomar cautelas em relação àquele devedor particular, que entende relapso e não confiável.

⁴¹⁶ Art. 18, no texto atualizado até 6.12.96.

Na mesma linha, o Regimento Interno do SCPC - Serviço Central de Proteção ao Crédito, da Associação Comercial de São Paulo, dispõe que "será suspensa a informação do registro, desde que comprovada a existência de litígio judicial sobre o débito registrado" (art. 21).

Por conseguinte, persistir na exigência do depósito revela a agenda oculta do credor original - forçar o adimplemento da obrigação. O serviço, como sua denominação usual o diz, é de "proteção ao crédito", não é, pela "negativação" do consumidor, de "cobrança do débito". É atividade destinada ao mercado futuro, não cumprindo missões retrospectivas, como atrás indicamos.

É por isso mesmo que a jurisprudência vem entendendo não haver risco para o credor original, quando se nega a possibilidade de inscrição nos bancos de dados de consumo do nome do devedor, na hipótese de a obrigação ser objeto de discussão judicial. A bem da verdade, em tais casos a proibição de negativação junto ao sistema SPC/SERASA nenhum prejuízo traz para o credor, pois, diante da dilaceração da relação contratual anterior pelo litígio judicial, dificilmente voltará a negociar com o mesmo consumidor.

Nunca é demais chamar a atenção para o fato de que a inclusão do nome do devedor no rol negro dos bancos de dados, visando a atender ao objetivo único que os orienta (= alertar os credores potenciais sobre os riscos de contratar com este ou aquele indivíduo), em nada beneficia o credor original, pois, melhor que ninguém, conhece ele a inadimplência do consumidor, tanto que o quer "negativar". Descabe, por consequência, querer o fornecedor sustentar a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Risco de danosidade, se existente, localiza-se na esfera do devedor, que pode ter sua viabilidade econômica e reputação no mercado arruinadas com um assentamento dessa natureza. A revolta do credor contra a recusa de registro surge porque o objetivo real visado não é, com frequência, alertar e proteger o mercado, mas atuar de forma expiatória sobre o devedor, obrigando-o a adimplir a obrigação, quaisquer que sejam os seus termos.

A posição do Superior Tribunal de Justiça caminha nessa direção:

Não se vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação, em virtude de se haver determinado à credora que se abstinhasse de diligenciar a inscrição do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, condicionada a medida ao depósito judicial da importância reclamada.⁴¹⁷

Noutro caso, o ministro Waldemar Zveiter decidiu que,

não demonstrado o perigo de dano para o credor, não há como deferir seja determinada a inscrição do nome do devedor no SPC ou SERASA, mormente quando este discute em ações aparelhadas os valores *sub judice*, com eventual depósito ou caução do *quantum*.⁴¹⁸

Em conclusão, mais uma vez cabe repetir as palavras do ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando assevera que não está, aqui,

em causa a existência ou a legalidade dos serviços de proteção ao crédito, nem se duvida da utilidade que prestam ao comércio e aos próprios consumidores na medida em que agilizam e facilitam a satisfação dos seus interesses. Mas não se pode deixar de reconhecer que o registro de inadimplência em bancos privados, ato não exigido pela lei nem pressuposto legal para qualquer negócio, somente pode ser admitido quando não esteja *sub judice* a própria questão da inadimplência.⁴¹⁹

[12.2.2] O TIPO DE INFORMAÇÃO ARQUIVADA - No campo dos pressupostos substantivos, o CDC não se contenta apenas com a verificação de que o débito é inquestionável e de que o assentamento foi lavrado com exatidão, refletindo os fatos tais como existem. Em adição, o

⁴¹⁷ RMS nº 7903/RS, rel. min. Eduardo Ribeiro, *DJU* de 24.11.97.

⁴¹⁸ Essa é a íntegra da ementa: "Processual civil. Cautelar. Suspensão de medida determinativa de inscrição do nome do devedor no SPC ou SERASA.

I - Não demonstrado o perigo de dano para o credor, não há como deferir seja determinada a inscrição do nome do devedor no SPC ou SERASA, mormente quando este discute em ações aparelhadas os valores *sub judice*, com eventual depósito ou caução do *quantum*. Precedentes do STJ. II - Recurso conhecido e provido." (STJ, RE nº161.151/SC, rel. min. Waldemar Zveiter, j. 26.5.98, v.u., *DJU* 29.6.98).

⁴¹⁹ STJ, 4ª T., RE nº172. 854-SC, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 4.8.98, v.u., *DJU* 8.9.98.

sistema legal estabelece que certas informações simplesmente não são registráveis em bancos de dados de consumo.

Nos sistemas jurídicos sem regulação especial, qualquer tipo de informação pode, em tese, ser inserida em arquivo de consumo. No caso brasileiro, como já ressaltamos, assim não ocorre, uma vez que só dados não resguardados pela garantia constitucional da privacidade e que estejam diretamente conectados ao funcionamento da sociedade de consumo recebem o aval do Direito para serem manuseados de forma massificada por tais organismos, independentemente da vontade do sujeito a quem se referem.

São excluídas, portanto, informações de cunho personalíssimo (a não ser quando indicadas pelo próprio consumidor e circuladas com sua autorização expressa). Arquivo, sim, mas de consumo e não de disse-me-disse ou mexerico, absolutamente irrelevantes à concretização de sua finalidade mercadológica.

O Código de Defesa do Consumidor, pela via transversa, posicionou-se no sentido de só admitir o armazenamento de informações conectadas ao mercado de consumo. Outras que sejam referentes a dados pessoais do consumidor, sobre seu caráter, família, reputação geral, características individuais ou modo de vida, não são aceitas, a não ser que fortemente vinculadas ao mercado. Tanto que o art. 43, § 1º, exige que as informações sejam “objetivas”, ou seja, não se apresentem como avaliações passionais, de traços afeitos à intimidade do consumidor, desconectadas da realidade e necessidades do mercado de consumo. O consumidor que acusar violação de sua intimidade ou privacidade faz jus ao expurgo de tais dados espúrios de seu arquivo, além, evidentemente, de poder cobrar indenização por eventuais danos patrimoniais e morais sofridos. Entre as informações que estão absolutamente proibidas de constar de arquivos de consumo está a história médica do consumidor ou

sua orientação sexual. Aqui, o interesse público na preservação da intimidade e do sigilo ofusca qualquer outro benefício, de cunho privatístico.

Trata-se de problema que aflige os consumidores e preocupa o Poder Público em países de economia avançada. Nos Estados Unidos, por exemplo, os bancos de dados demonstram uma irrefreável disposição para coletar, armazenar e disseminar informações minimamente relacionadas com a posição de “consumidor” no mercado. Hoje, tais entidades arquivam dados os mais díspares, incluindo aqueles referentes às características pessoais, à moral e à reputação do consumidor.⁴²⁰ No Brasil, tal não é possível, pois, felizmente, temos norma expressa, que traz vedação absoluta.

Quem melhor captou, nesse campo, a dinâmica do CDC foi Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

Nem toda circunstância a respeito do consumidor ou do fornecedor pode ser anotada. Os serviços de registros têm um objetivo certo. Anotar as irregularidades quanto às relações de consumo e que interessam ao mundo comercial. Se a pessoa é de bons costumes, se respondeu a algum processo por delito contra a honra ou se paga em dia as prestações alimentícias que deve à esposa; são anotações que não interessam a tais cadastros e que, por isso, não podem ser cadastradas. Os bancos de dados e cadastros não têm abrangência de um sistema completo de informações. As informações registráveis são as que, substancialmente, se referem à atitude do consumidor ou fornecedor diante das relações de consumo em que tomaram parte. O ser bom ou mau empregado, o ter ou não o fornecedor pago os impostos, são dados que não interessam aos registros e cadastros de que se trata.⁴²¹

[12.3] PRESSUPOSTOS PROCEDIMENTAIS - Já vimos que o campo de operação dos arquivos de consumo está delimitado por pressupostos teleológicos e substantivos, que são complementados, agora

⁴²⁰ Michael Greenfield, *op. cit.*, p. 167.

⁴²¹ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 51, grifo no original.

na perspectiva formal, pelos pressupostos procedimentais, uns, quanto ao acesso, outros, quanto à linguagem.

Como se dá com outras exigências atadas à coleta, armazenamento, gerenciamento e fornecimento de informações sobre o consumidor, aqui também faltando quaisquer dos pressupostos procedimentais, os arquivos de consumo deixam de ser atividade lícita - exercício legítimo de direito - e ganham as cores de práticas abusivas, vedadas e reprimidas pelo CDC e outros textos legais. Vejamos, separadamente, cada uma dessas exigências formais.

[12.3.1] ACESSIBILIDADE LIMITADA - Os arquivos de consumo destinam-se a auxiliar o funcionamento do mercado de consumo, facilitando as operações contratuais entre consumidores e fornecedores. Conseqüentemente, não é qualquer pessoa que pode ter acesso às informações neles arquivadas.

A acessibilidade depende, pois, do preenchimento de duas condições cumulativas: a) solicitação individual decorrente de b) uma necessidade de consumo. Fora disso, qualquer utilização implicará mau uso, sujeitando os infratores (o que dá e o que recebe) às sanções penais, civis e administrativas aplicáveis às hipóteses de invasão da privacidade.

Em primeiro lugar, os dados devem ser solicitados por um fornecedor. Não é só. A solicitação há de ser individualizada. Com isso, visa-se a assegurar que as informações serão fornecidas caso a caso e não em bloco, em "listas negras". É prática abusiva, por exemplo, a manutenção de um sistema de mala direta em que o banco de dados mantém os fornecedores regularmente informados sobre a situação creditícia de todos ou de categorias de consumidores que constam de seus cadastros. "Informação sobre um consumidor particular só pode ser

fornecida a terceiro quando solicitada em conexão com uma *transação específica* entre este e aquele consumidor particular.”⁴²²

Corroborando essa posição, o Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito dispõe que “o fornecimento de tais informações só poderá ser feito mediante consulta, sendo vedado divulgá-las através de relações, listagens, boletins ou quaisquer outros meios de publicidade”.⁴²³

Em acréscimo, a solicitação individualizada precisa estar conectada a uma *negociação de consumo*. Esse requisito busca proteger o consumidor contra a utilização das informações sobre ele arquivadas para outros fins que não aqueles inerentes ao regular e normal funcionamento do mercado de consumo, a única justificativa para a existência de tais entidades. Evidentemente, esse requisito não se aplica às solicitações oficiais.⁴²⁴

Aos arquivistas, portanto, cabe resguardar esse direito do consumidor, tomando as necessárias cautelas no sentido de garantir a função econômica dos arquivos, vale dizer, protegendo o negativado contra mau uso dos usuários, quando se beneficiam do serviço fora das hipóteses claramente caracterizadas como de relação de consumo. Desobedecidas essas formalidades de acesso, tais organismos transmudam-se em instrumento organizado, tecnologicamente avançado e massificado de bisbilhotice da vida alheia (inclusive para fins políticos),

⁴²² Greenway v. Information Dynamics, Ltd., United States District Court, District of Arizona, 1974. 399 F. Supp. 1092, affirmed 524 F.2d 1145 (9th Cir. 1975) (grifo nosso).

⁴²³ Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, publicado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil (atualizado até 6.12.96), art. 22, § 1º.

⁴²⁴ No mesmo sentido, diz Eduardo Arruda Alvim: “Os arquivos que contenham dados sobre consumidores só devem ser utilizados diante de situações que, concretamente, o exijam, pelo fornecedor que o solicitar, e não por qualquer pessoa. Fora daí, há mau uso desses arquivos, o que se constitui, inegavelmente, em prática abusiva, incompatível com o sistema de proteção do consumidor implantado por este Código” (Eduardo Arruda Alvim *et al*, *Código do Consumidor comentado*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 230).

perdendo sua razão de ser e resvalando para o terreno da inconstitucionalidade e ilegalidade.

[12.3.2] LINGUAGEM DOS ARQUIVOS DE CONSUMO - Exatamente para facilitar seu entendimento pelo consumidor e evitar danos à sua posição no mercado, os arquivos de consumo devem estar redigidos em linguagem transparente e que reflita a realidade exatamente como é, nem mais, nem menos.

Complementando o rol dos direitos básicos do consumidor no tema dos arquivos de consumo (direito de comunicação, direito de acesso e direito de retificação, analisados mais adiante), podemos aqui identificar *direitos complementares*, todos relacionados à adequada caracterização do assentamento, prescrevendo seja a informação arquivada a) veraz, b) objetiva, c) clara, e d) de fácil compreensão.

[12.3.2.1] DIREITO À INFORMAÇÃO VERAZ - Antes de mais nada, os dados arquivados, é até despidendo mencionar, precisam ser verazes, ou seja, dizem tudo (nada truncam ou omitem) e tudo o que dizem representa os fatos tal como são.

É com base neste direito que se fixa o dever para o arquivista de anotar, junto com a informação que recebe, a sua fonte. Isso porque o dado de consumo, assim como a publicidade, pode, por omissão, deixar de ser veraz, sempre que traduza apenas parte da realidade.

Como muito bem anota Leonardo Roscoe Bessa, “o não-atendimento ao atributo da veracidade é, provavelmente, o que mais tem provocado o Poder Judiciário a se manifestar sobre os limites de atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito”.⁴²⁵

⁴²⁵ Leonardo Roscoe Bessa, *op. cit.*, p. 188.

[12.3.2.2] DIREITO À INFORMAÇÃO OBJETIVA - Se algo está ou vai ser arquivado sobre sua pessoa, o consumidor faz jus à informação objetiva, isto é, aquela que não contém apreciações subjetivas ou dados não essenciais ao mercado de consumo.⁴²⁶

Por dados objetivos entende-se aqueles que “não comportam, evidentemente, juízos ou opiniões, devendo abranger exclusivamente informações de fato”.⁴²⁷

[12.3.2.3] DIREITO À INFORMAÇÃO CLARA - Além de objetivo, qualquer dado arquivado sobre o consumidor há de ser claro, isto é, não prolixo, contraditório ou dúbio.

[12.3.2.4] DIREITO À INFORMAÇÃO DE FÁCIL COMPREENSÃO - Finalmente, não só verazes, objetivos e claros, os dados arquivados devem ser de fácil entendimento. Vedada, portanto, a utilização de símbolos, códigos⁴²⁸ ou idioma estrangeiro.

[12.4] PRESSUPOSTOS TEMPORAIS - Como se observa em outros campos da atividade humana, inclusive no que tange à própria memória histórica da nação, o Direito é informado pela predisposição para esquecer. Claro, há comportamentos de alta agressividade social - v.g., a tortura e o genocídio -, onde a regra é lembrar sempre, para nunca mais repetir. Não é esse, contudo, o caso da inadimplência.

Muito ao contrário, o devedor - também cidadão, é útil lembrar, e, por isso mesmo, em posição de igualdade com aqueles que nada devem - vem, ao longo dos séculos, sendo gradativamente agraciado pelo ordenamento com rigor minguante. Primeiro, foram

⁴²⁶ Por dados objetivos, bem escreve Eduardo Arruda Alvim: “devem-se entender aqueles despidos de ‘opiniões’, pois estas envolvem subjetivismo” (Eduardo Arruda Alvim *et al.*, *op. cit.*, p. 228).

⁴²⁷ José Alexandre Tavares Guerreiro, *op. cit.*, p. 144.

⁴²⁸ João Batista de Almeida, *op. cit.*, p. 96; os códigos internos podem ser utilizados, desde que sejam fornecidos elementos que permitam a “decodificação por qualquer um que domine a língua pátria” (Fábio Ulhoa Coelho *et al.*, *op. cit.*, p. 175).



abolidas as formas cruéis e físicas de cobrança. Em seguida, o Direito instituiu mecanismos de facilitação do pagamento do débito (concordata, por exemplo) e vedou a prisão por dívidas. Agora, mitiga-se, no plano temporal, o impacto estigmatizador e socialmente desconcertante da posição de inadimplência.

[12.4.1] FUNDAMENTOS PARA A TUTELA TEMPORAL DO DEVEDOR - O que está por trás dessa crescente e irresistível tendência, no sentido de garantir ao devedor certos direitos básicos, entre os quais o *direito ao esquecimento*? Várias são as justificativas.

Parece-me que aquela que mais impressiona é o reconhecimento, hoje incontestável, de que, na sociedade do crédito fácil, da volatilidade do emprego e da constância das crises econômicas, o devedor, freqüentemente, não é um contumaz e irresponsável contratante; é vítima, tanto quanto o credor, que também sofre com o inadimplemento. Se deixa de pagar não é por desejo seu, mas porque suas condições presentes não o habilitam, consequência da permanente variabilidade das circunstâncias do mundo real que o cerca.

Faz sentido um tal raciocínio, onde o débito é visto no seu contexto socioeconômico mais amplo. É difícil crer que alguém, tirante aqueles que representam a anormalidade no mercado, optará por uma vida sem crédito, quando esse é literalmente imprescindível à prática de atos básicos no cotidiano de todos os indivíduos!

A inadimplência, portanto, diversamente do que poderia suceder antes do surgimento da sociedade de consumo, não é, de ordinário, uma opção pessoal, mas decorrência inafastável de situações que, não raro, estão fora do controle do consumidor e são, de sua parte, imprevisíveis. Negar essa constatação é condenar o Direito à prisão do formalismo, levando-o a trabalhar com ficções e presunções, que são

diariamente contestadas pelos economistas e estudiosos do funcionamento do mercado.

Em complementação a esse argumento econômico-estatístico, pode-se encontrar um outro, de cunho ético, contrário a assentamentos e juízos de valor de caráter perpétuo. A semi-eternidade dos sistemas de proteção ao crédito - são conhecidos os exemplos de mortos que integravam os bancos de dados de consumo - não instiga o bom funcionamento do mercado. Em vez de acelerar as transações comerciais, a temporalidade aberta de registros privados (ou mesmo públicos) amarra a estrutura mercadológica, conquanto cristaliza *ad eternum* situações excepcionais que podem não mais representar a realidade do comportamento normal do indivíduo. Um caso isolado não pode ser usado para macular uma vida inteira, passada e futura, de correção como contratante e consumidor.

Finalmente, consequência da publicidade dominante e agressiva, centrada no “crédito fácil”, os consumidores acabam onerados por obrigações contratuais que vão além de suas condições de pagamento.⁴²⁹ Não é sem razão que alguns autores do Direito do Consumidor - entre os quais Jean Calais-Auloy - defendem a proibição da publicidade sobre crédito, em resposta aos malefícios daí decorrentes.

Já se comentou, com toda a propriedade, que

o Instituto da prescrição, bem antes de legal, é eminentemente social porque estabiliza as relações humanas. Sábia, sem dúvida, a peroração de Teixeira de Freitas quando dizia que a ‘prescrição é patrona do gênero humano, amiga do tempo e da paz’. Não está ela a serviço da inadimplência, mas sim da estabilidade social, da paz

⁴²⁹ No tema da publicidade de crédito, cf. Márcio Mello Casado, *op. cit.*, p. 92-144.

social, e seus prazos devem ser interpretados segundo o sistema.⁴³⁰

O controle temporal imposto aos arquivos de consumo, defende corretamente João Batista de Almeida,

ao contrário de incentivar o calote, impede a aplicação de pena de caráter perpétuo, vedada pela Constituição da República (art: 5º; XLVII, *b*) e uniformiza o tratamento da matéria ao impedir efeitos extrajudiciais da dívida prescrita e não permitir que esta perturbe eternamente a vida do consumidor, cassando-lhe o crédito e a possibilidade de reabilitação. Se prescreve o direito de punir do Estado, não haveria razão para não se considerar prescrita a veiculação de mera informação cadastral.⁴³¹

Nessa mesma orientação, feliz o ministro Eduardo Ribeiro ao afirmar que se vislumbra razão ao CDC, quando fixa limite temporal aos arquivos de consumo, com o evidente objetivo de “evitar se perpetuem dados desabonadores. Colima-se impedir seja o consumidor prejudicado, em virtude de algo que haja sucedido décadas atrás”.⁴³²

Essa preocupação com a perpetuidade dos arquivos de consumo não surgiu apenas com o CDC. Antes dele, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiramente pela Súmula nº 11, já enfrentara, de forma limitada, é verdade, a questão: “A inscrição do nome do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC pode ser cancelada após o decurso do prazo de três anos.”

[12.4.2] A VIDA ÚTIL DA INFORMAÇÃO - No sistema regrado pelo CDC, atrás mostramos, há informações que, mesmo sem enfrentarem adversidade temporal, não podem ser registradas, pois

⁴³⁰ TJRS, 6º Câmara Civil, Ap. Civ. 596.082.172, rel. des. Décio Antônio Erpen, j. 11.6.96, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 205-206.

⁴³¹ João Batista de Almeida, *op. cit.*, p. 97; também trazendo o argumento constitucional contrário à perpetuidade do registro, cf. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 51-52.

⁴³² STJ 3ª REsp 14 624-0-RS, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 22.9.92, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 179.

infringem parâmetros estatuidos para sua legitimidade (pressupostos teleológicos, substantivos e procedimentais). Existem outras, contudo, que, mesmo ultrapassado o questionamento preambular da finalidade, do mérito e da forma, ainda assim rejeitam o assentamento por esgotamento de lapso temporal fixado pelo CDC. “Há alguns dados negativos ao consumidor - afirma Fábio Ulhoa Coelho — que, mesmo sendo verdadeiros, não podem constar do cadastro.”⁴³³

O legislador do CDC fixou *dois prazos*, um genérico, outro específico, para a vida útil dos dados arquivados sobre o consumidor:

- a) lapso de cinco anos (genérico);
- b) lapso de prescrição da ação de cobrança (específico).

Violado qualquer um deles, a informação arquivada é contaminada por *inexatidão temporal*,⁴³⁴ ensejando, como analisaremos, responsabilidades.

Ao contrário do que pretenderam ver alguns (e foi essa a tese levada até o STJ pelas instituições financeiras e bancos de dados), inexistente qualquer antinomia entre os dois prazos, isto é, entre o regramento dos §§ 1º e 5º, do art. 43. Não se opõem ou divergem, complementam-se.

[12.4.3] PRAZO GENÉRICO DE CINCO ANOS - Primeiro, nos termos do § 1º, do art. 43, os arquivos de consumo não podem “conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

Conseqüentemente, nenhum dado cadastral depreciativo pode superar o quinquênio. Essa é a vida útil máxima e genérica de qualquer informação incluída em banco de dados. É o lapso que o Código considera razoável para que uma conduta irregular do consumidor seja esquecida

⁴³³ Fábio Ulhoa Coelho *et al*, *op. cit.*, p. 176.

⁴³⁴ A expressão é de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 54.

pelo mercado. Se até os crimes mais graves prescrevem, não há razão para que o consumidor fique com sua “folha de antecedentes de consumo” maculada *ad eternum*.⁴³⁵

O quinquênio é o teto temporal de permanência de informação negativa em arquivo de consumo. Referindo-se a ele, o ministro Eduardo Ribeiro teve oportunidade de afirmar que “nenhum dado negativo persistirá por prazo superior a cinco anos. Não importa se referente a não-pagamento de débito ou tenha qualquer outro conteúdo”.⁴³⁶

Se é teto, não é, contudo, piso temporal,⁴³⁷ conquanto afastável, em seguida veremos, se o prazo prescricional da ação de cobrança do débito foi a ele inferior. Não sendo o prazo prescricional, como é curial, uniforme para todas as obrigações civis e comerciais, podendo ser menor que cinco anos,⁴³⁸ isso significa dizer que se o quinquênio não pode ser ampliado (é teto), pode perfeitamente ser rebaixado (não é piso).

Questão que analisaremos mais tarde é do termo inicial do quinquênio.

⁴³⁵O art. 43, § 1º, na parte da obsolescência das informações, também tem sua origem no *National Consumer Act* e no *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*. Este fixa diversos prazos, conforme a natureza da informação, sendo a vida útil média de sete anos (art. 605). Já os prazos daquele são, normalmente, de três anos, podendo, em alguns casos, como falência, chegar a sete. Cf., pois, a *Section 8.206 (Discarding Obsolete Information)* que prescreve, como regra, o seguinte: “(1) *A reporting agency shall maintain procedures designed to discard information in its files after it has become obsolete or after the expiration of a reasonable period of time.*”

⁴³⁶STJ, 3ª T., REsp 14.624-0, RS, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 22.9.92, v.u., DJU 19.10.92.

⁴³⁷Corretamente, assinala o desembargador Décio Antônio Erpen que, “ao estatuir o prazo de cinco anos, fixou um teto, nunca um piso, nem tempo padronizado para todas as relações comerciais” (TJRS, 6ª Câmara Cível, Ap. Cív. 596.082.172, rel. des. Décio Antônio Erpen, j. 11.6.96, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 205-206).

⁴³⁸Assim, “se a lei prevê prazo de prescrição de três anos para cobrança fundada no título, é esse o prazo que deve vingar para estabelecimento de permanência de dado negativo” (TJRS, 6ª Câmara Cível, Ap. Cív. 596.082.172, rel. des. Décio Antônio Erpen, j. 11.6.96, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 205-206).



[12.4.4] O PRAZO ESPECÍFICO DA AÇÃO DE COBRANÇA -

Como vimos anteriormente, nenhum dado negativo sobre o consumidor pode ser mantido em arquivo de consumo por prazo superior a cinco anos.

Complementando tal lapso genérico - o quinquênio -, dispõe o art. 43, § 5º, que,

consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

[12.4.4.1] PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA - Assim,

mesmo que originada há menos de cinco anos, qualquer informação capaz de “impedir ou dificultar novo acesso ao crédito” deve ser descadastrada automaticamente, em momento coincidente com a prescrição da ação de cobrança. Aqui, a vida útil do assento fica na dependência da duração do instrumento processual posto nas mãos do credor para reaver seu crédito.

Quis o legislador - e isso deflui claramente da estrutura dos dois parágrafos em questão - que o prazo prescricional, referido no § 5º do art. 43, se menor que o quinquênio, sobre ele prevaleça. É a regra do especial afastando o geral, básica na hermenêutica jurídica.

Esse é, então, numa palavra, o regime do art. 43, do CDC: nenhum dado negativo será mantido em arquivos de consumo por prazo superior a cinco anos (art. 43, § 1º); adicionalmente, veda-se aos arquivos de consumo a conservação do assento, se, em prazo inferior ao quinquênio, verificar-se a prescrição da ação de cobrança do débito inadimplido (art. 43, § 5º). O CDC abraçou, por conseguinte, um *modelo de temporalidade dual*, equilibrado sobre dois prazos complementares, sistema esse que desde a promulgação da lei defendemos, a princípio solitariamente entre os comentadores do CDC, mas que, afinal, veio a ser referendado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Percebe-se, então, que o critério especial do hiato prescricional só é utilizado quando for para puxar o lapso do registro para baixo, aquém do quinquênio, que é prazo máximo genérico de manutenção do registro.

Daí que, enquanto não prescrita a ação de cobrança, o débito pode ser inscrito em banco de dados. Mas no seu quinto aniversário, prescrito ou não prescrito o instrumento processual, a informação desabonadora é, de ofício, expurgada necessariamente do arquivo de consumo. Ou, como sinteticamente prefere dizer Tavares Guerreiro: “Vale o que ocorre primeiro: o prazo de cinco anos, a que reporta o § 1º do art. 43, ou lapso prescricional da ação de cobrança do débito do consumidor.”⁴³⁹

Coube ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais uma vez, esculpir a melhor e mais precisa caracterização das regras dos §§ 1º e 5º do art. 43 do CDC, através de sua Súmula nº 13, que modificou a anterior de nº 11, que também cuidava, como observamos, da matéria:

A inscrição do nome, do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC deve ser cancelada após o decurso do prazo de cinco anos, se, antes disso, não ocorreu a prescrição da ação de cobrança (art. 43, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.078/90).

Na mesma linha, hoje a posição do STJ: “Não podem constar, em sistema de proteção ao crédito, anotações relativas a consumidor, referentes a período superior a cinco anos ou quando prescrita a correspondente ação de cobrança.”⁴⁴⁰

Novamente, o dizer impecável do ministro Eduardo Ribeiro:

Tenho como certo que a lei visou a estabelecer dois momentos para que não pudessem mais ser fornecidas

⁴³⁹ José Alexandre Tavares Guerreiro, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁴⁰ STJ, 3ª T., REsp 30.666-1, RS, rel. min. Dias Trindade, j. 8.2.93, v.u., DJU 22.3.93; cf. RT 696/349.

informações, pouco relevando a distinção entre consigná-las e não as poder fornecer, e não as poder consignar. Nenhum dado negativo persistirá por prazo superior a cinco anos. Não importa se referente a não-pagamento de débito ou tenha qualquer outro conteúdo. Tratando-se, entretanto, de dívida não saldada, ocorrendo prescrição antes do quinquênio, cessará a possibilidade de, a seu respeito, transmitir-se informação capaz de acarretar as consequências de que se cuida no § 5º.⁴⁴¹

[12.4.4.2] PRESCRIÇÃO DA AÇÃO CAMBIARIA - Mas a que prescrição alude o CDC, na hipótese do devedor cambiário?

Nesse ponto, é precisa a análise de Antônio Janyr Dall' Agnol Junior, brilhante desembargador e jurista gaúcho: "Pretendendo o cancelamento de sua inscrição, alcançá-lo-á o devedor cambiário, em três anos; o comum, em cinco anos. Esse último é o prazo máximo de armazenamento."⁴⁴² E mais, "se o débito estiver representado por cheque, o prazo será ainda menor, em face da prescrição brevíssima (seis meses) estabelecida pelo art. 59 da Lei nº 7.357, de 2.9.85'1."⁴⁴³

Quais seriam os fundamentos para tal posição, que, efetivamente, limita os poderes, tidos por "naturais" do credor?

A um, não se pode punir o consumidor pela omissão, descaso ou inércia do credor na arrecadação de seu débito.

A dois, é descabido, como já vimos, transformar os bancos de dados em instrumento de cobrança de dívidas não pagas, mais ainda quando o fornecedor, à sua conveniência e assumindo o ônus natural inerente à negligência, abre mão de uma cobrança executiva, que providencia a ele (e à coletividade) maior segurança e rapidez, na prestabilidade do crédito, em favor de uma cobrança ordinária, mais

⁴⁴¹ STJ, 3ª T., REsp. 14.624-0-RS, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 22.9.92, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 179.

⁴⁴² Antônio Janyr Dall' Agnol Júnior, "Cadastro de consumidores", in *Revista Ajuris*, vol. 51, 1991.ps. 196-200.

⁴⁴³ Antônio Janyr Dall' Agnol Junior, art. cit., p. 196-200.

onerosa para toda a sociedade, que acaba por arcar com os custos do funcionamento da máquina judicial.

A três, o crédito é hoje tão fundamental no cotidiano das pessoas que ao credor, se planeja divulgar a todos a qualidade de mau pagador de quem lhe deve, não é facultado, a seu querer, protelar no tempo a faculdade que lhe dá o ordenamento de cobrar dívidas inadimplidas, ou, mesmo, passar, para fins de negativação do consumidor em bancos de dados, de uma fórmula executiva a outra, de cunho ordinário. Cobrar, sim negativar, não.

Finalmente, em razão de ser típica do ordenamento jurídico do Estado Social a exigência de que se assegure a todos os sujeitos da relação obrigacional um mínimo de isonomia. Ora, se o legislador conferiu ao credor, no terreno cambiário, inegáveis prerrogativas, que lhe são amplamente favoráveis, não seria justo acrescentar, no topo desses benefícios, um outro, de cunho indireto, qual seja, a possibilidade de inviabilizar o crédito do devedor por período superior ao que dispõe para exercer sua posição de superioridade executiva.

Conseqüentemente, as dívidas representadas por títulos cambiários, parecem evidentes, não precisarão esperar o decurso do quinquênio, posto que a prescrição da ação dá-se em período inferior.

[12.4.4.3] PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA: UMA QUESTÃO SUPERADA - Em detalhado estudo sobre a matéria, ainda sob o regime do Código Civil de 1916, indagava Bertram Antônio Stürmer, consciente que estava da formidável inovação do CDC, mas irresignado com os limites temporais forçados pelo legislador:

Se o crédito ainda é possível de ser cobrado, mesmo que prescrito em ação executiva, por que não poderia constar de

registro de SPC? E se não representado por título cambiário, com *prescrição vintenária*, com mais razão ainda.⁴⁴⁴

Questão bem posta, mas que pode ser facilmente respondida.

Primeiramente, assente-se que é verdade que o ordenamento optou por estabelecer prazo menor para a conservação das informações nos arquivos de consumo do que aquele vigente para o credor cobrar ordinariamente, nos termos do velho CC, aquilo que lhe deviam.

Restrição inegável ao *laissez-faire* creditício então imperante, a inovação da temporalidade dual (representada pelos dois prazos previstos no art. 43, §§ 1º e 5º), acolhida pelo legislador, levou em consideração vários aspectos.

Inicialmente, pesou o caráter invasivo desses organismos.

Além disso, esteve presente a lição bem aprendida de que o molde vintenário do Código Civil de 1916 (cinco anos, na fórmula do art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil de 2002, para dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular), se justificável no ambiente de morosidade das relações jurídicas imperantes no final do século XVIII e princípios do século XIX - sim, porque a codificação de Clóvis sequer representa as idéias e necessidades da sociedade agropecuária da transição entre os séculos XIX e XX -, não fora, em absoluto, delineado para a civilização das grandes corporações (nacionalmente organizadas e com exércitos permanentes de advogados-coletores), da informática e das relações instantâneas, que hoje vivemos.

Nessa mesma linha, cabe referir que, dogmaticamente, nada obrigava, no regime do velho Código Civil, que coincidissem o prazo vintenário de cobrança da dívida e o lapso de manutenção das informações creditícias. De outra parte, eticamente, tudo recomendava

⁴⁴⁴ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 24.

que este fosse inferior àquele, já que os arquivos de consumo conferem aos fornecedores prerrogativa jurídica exercitável somente por um dos sujeitos da relação jurídica de consumo. Unilateralidade essa que deriva do próprio funcionamento do mercado, onde os consumidores, entre si, não têm, realisticamente falando, meios humanos e materiais para estruturar, em nível nacional, organismos assemelhados, onde a impontualidade dos fornecedores e a má qualidade dos produtos e serviços oferecidos sejam arquivadas, excetuando-se, claro, os órgãos públicos, como os PROCONS.

A temporalidade dual ainda encontra fundamento no fato, hoje aceito por todos e anteriormente referido, de que os bancos de dados não devem transformar-se em instrumento de cobrança, indo além de garantia coletiva do crédito. Daí não ser desarrazoado prever que o prazo admissível para aquela seja superior à vida útil dos assentamentos de consumo.

Mesmo se a lei facultar a cobrança em período superior a cinco anos, não é decididamente do interesse público (aí se incluindo os agentes econômicos) a execração social e automática exclusão do mercado daquele consumidor que, não fosse a negligência do credor agravado, poderia ter sido levado às barras dos tribunais de forma mais rápida, o que asseguraria ao devedor e aos outros fornecedores, após dirimido judicialmente o litígio, o pronto retorno ao mercado de consumo.

De toda sorte, a questão da prescrição vintenária está completamente superada, já que o novo Código Civil a aboliu, prevendo, inclusive, já citamos, prazo próprio (cinco anos) para a cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (art. 206, § 5º, inc. I).

[12.4.5] DESTINATÁRIO DA NORMA DO ART. 43, § 5º - Quem seria o destinatário da norma proibitiva do fornecimento de informações desabonadoras, prescrita que esteja a dívida?

O CDC faz referência a “Sistemas de Proteção ao Crédito”, não desejando com isso, é evidente, dirigir-se somente a entidades que recebam a denominação SPC - Serviço de Proteção ao Crédito (mantidas, vimos, pelas Associações Comerciais ou Clubes de Diretores Lojistas).

Uma coisa são os “serviços” que protegem o crédito; outra, bem distinta, são os “sistemas” desenhados para a tutela desse mesmo crédito. Aqueles, de maneira individualizada, vêm mencionados expressamente no § 4º do art. 43. Já os sistemas (no plural mesmo) são integrados pelos serviços (SPCs) e outras tantas organizações que apareçam no mercado, com o mesmo propósito.

Assim, “Sistemas de Proteção ao Crédito”, no sentido empregado aqui pelo Código, é expressão de caráter genérico, que engloba todas as entidades ou organismos, com personalidade jurídica própria ou não, que prestem serviços de informação sobre a história financeira de indivíduos, em particular sobre dívidas não pagas.

[12.4.6] EXPURGO DE DADOS INVIABILIZADORES DO CRÉDITO. CONCEITO DE INFORMAÇÃO NEGATIVA EXPLÍCITA E IMPLÍCITA - A proibição de manutenção de “informações negativas referentes a período superior a cinco anos” (art. 43, § 1º) e a garantia de que “não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores” (art. 43, § 5º), quando conjugadas, levam à conclusão de que, exaurido o quinquênio ou o prazo prescricional da ação de cobrança, devem ser excluídas as informações depreciativas, mas não todas aquelas constantes do arquivo de consumo, especialmente as

que tenham fisionomia positiva, exceto se esta fisionomia aparentemente positiva carrear um juízo negativo implícito.

Informação negativa é “aquela que, de qualquer modo, influi ou pode influir depreciativamente na formação da imagem do consumidor perante o fornecedor”,⁴⁴⁵ ou seja, “as que desabonam o interessado, ainda que verdadeiras. Correspondem, em essência, a obstáculos a novas relações de consumo ou a circunstâncias que acarretam dificuldades de crédito”.⁴⁴⁶ Verdadeiras ou não, simplesmente “não recomendam o consumidor conquanto bom cumpridor de contratos”.⁴⁴⁷ Aqui, cuidamos de informação direta ou explicitamente negativa.

Como o conceito de negativo e positivo pode dar ensejo a dúvidas (e litígios), é recomendável o expurgo de qualquer informação com mais de cinco anos. Claro, há dados que não se prestam a tal suma divisão: o nome, o endereço, a data de nascimento, a filiação, o número de filhos, o estado civil, a profissão. Não são eles, como regra, atingidos pelo decurso do prazo, pois não trazem qualquer prejuízo ao consumidor, o que não quer dizer que não devam ser, permanentemente, atualizados.

Importa recordar que há hipóteses em que o caráter depreciativo independe da natureza da informação arquivada, mas é decorrência natural ou lógica da só existência do registro. Assim, se o fornecedor é cientificado de que o consumidor consta de banco de dados de inadimplentes, como o SPC ou a SERASA, mesmo que essas instituições transmitam somente seus assentos pessoais, já há nisso um juízo de valor implícito.

Na prática, ser arrolado por um desses organismos, mesmo que isento de “negativação”, simbolicamente denota que, em algum

⁴⁴⁵ Fábio Ulhoa Coelho *et al*, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁴⁶ José Alexandre Tavares Guerreiro, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁴⁷ Eduardo Arruda Alvim *et al*, *op. cit.*, p. 228.

momento do passado, o consumidor foi devedor; ou, pior, ainda é devedor, só que ao arquivista, por razões várias (o transcurso do quinquênio, por exemplo) está vedado transmitir tal notícia. Trata-se de informação indireta ou implicitamente negativa.

Procedendo dessa maneira, o banco de dados divulga, por via sutil e indireta, informação capaz de “impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores” (art. 43, § 5º). Há aí, na feliz expressão de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, uma

maneira sofisticada de informar que o registro que havia foi cancelado. Esta conduta alcança os mesmos prejuízos, que a lei quer evitar, e é tentativa de driblar o mandamento legal. A consequência de tal conduta pode gerar o direito à indenização do consumidor prejudicado, seja a título de dano material, seja a título de dano moral.⁴⁴⁸

Conseqüentemente, nesses organismos que cadastram devedores (SPCs, SERASA e congêneres), onde qualquer registro, mesmo os mais inofensivos, transmuda-se de imediato em informação capaz de “impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”, a regra é a da *destruição total do assento*, uma vez pago o débito ou verificado um dos impedimentos temporais.

[12.4.7] TERMO INICIAL DO PRAZO - Conforme já notamos, o CDC estabelece dois prazos para o controle da permanência em arquivos de consumo das informações negativas sobre o consumidor. O prazo genérico é de cinco anos; o específico, aquele da prescrição da ação de cobrança.

Como sucede com todo prazo, importa inquirir o momento a partir do qual é ele contado. No que se refere ao quinquênio, sua computação toma por base a data da ocorrência que deu origem ao dado depreciador (= fato gerador), não tendo qualquer relevância o momento

⁴⁴⁸ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 55, grifo no original.

em que a informação é arquivada;⁴⁴⁹ ou, dito de outra forma, o lapso “começa a fluir após o vencimento da obrigação, sendo indiferente o prazo de comunicação do SPC ou registro nele lançado”.⁴⁵⁰

Em síntese, o prazo genérico de cinco anos (art. 43, § 1º) começa a correr da data de vencimento, sem pagamento, da dívida; para outros fatos negativos (a violação dos termos de uma apólice de seguro, por exemplo), leva-se em conta o momento de sua ocorrência. Findo o quinquênio, as informações devem ser canceladas de ofício.

Analizando o prazo quinquenal do CDC, Bertram Antônio Stürmer assinala, com poderosa argumentação, que

o termo inicial de contagem do prazo deve ser o da data do ato ou fato que está em registro e não a data do registro, eis que se assim fosse, aí sim, a lei estaria autorizando que as anotações fossem perpétuas. Bastaria que elas passassem de um banco de dados para outro ou para um banco de dados novo.⁴⁵¹

Nenhuma dificuldade oferece o prazo da prescrição da ação de cobrança do débito, pois, tal qual sucede em outros campos, começa ela a correr do vencimento da obrigação.

Contrária ao CDC ou, no mínimo, dúbia, portanto, norma auto-regulamentar no sentido de que “os registros de débitos não poderão

⁴⁴⁹ Em edições anteriores, defendi posição diversa, que, pensando melhor, resolvi modificar. Ao vedar a inclusão de “informações negativas referentes a período superior a cinco anos”, o CDC, que deve ser sempre interpretado de forma mais favorável ao consumidor, já que lei de ordem pública (art. 1º), deixou de indicar o termo inicial do período de cinco anos. Duas possibilidades são abertas: a) o termo *a quo* é aquele do momento em que a informação é incorporada ao banco de dados; b) o termo *a quo* é o do fato gerador que deu origem à informação, afinal arquivada. Ora, a interpretação sistemática do CDC nos leva à conclusão de que o legislador quis, em verdade, fixar um teto - máximo e genérico - para a vida útil da informação arquivada ou arquivável em bancos de dados de consumo. Se assim é, só pode ser ele contado a partir do fato gerador material da informação (= a obrigação) e não do fato gerador formal da informação (= o registro).

⁴⁵⁰ TJRS, 6º Câmara, Ap. Civ. 596.082.172, rel. des. Décio Antônio Erpen, j. 11.6.96, v.u.; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 205-206.

⁴⁵¹ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 25.

permanecer nos arquivos por período superior a 5 (cinco) anos, contados a partir da data do atraso".⁴⁵² Permanecerão por cinco anos, sim, caso antes disso não opere a prescrição da ação de cobrança do débito em atraso.

Na mesma linha, ainda dúbio, embora mais próximo da semântica mandamental do CDC, comando auto-regulamentar da SERASA, quando dispõe que "os registros permanecerão na Base de Dados de Pendências Bancárias pelo prazo de cinco anos, quando então serão excluídos automaticamente, salvo se não houver qualquer comando de exclusão antes desse período".⁴⁵³ Melhor seria, em vez de utilizar linguagem sinuosa ("salvo se não houver qualquer comando de exclusão antes desse período"), fazer referência expressa à prescrição da ação de cobrança, como impõe o Código.

[12.4.8] EFEITOS JURÍDICOS DO DECURSO DO PRAZO - A primeira e direta consequência do esvaziamento do quinquênio ou do lapso prescricional da ação de cobrança é a necessidade de expurgo das informações depreciativas que constem sobre o consumidor.

O segundo e indireto efeito é a responsabilização - administrativa, penal (arts. 71 e 73) e civil - do arquivista que não providenciar o expurgo, bem como de fornecedores que, eventualmente, contribuam, de alguma maneira, para a violação do comando legal (enviando ao banco de dados, por exemplo, informações inexatas, por decurso de um dos dois prazos).

O expurgo, uma vez feito, é final. Assento igual ou assemelhado não mais pode constar de arquivo de consumo, qualquer que ele seja. Vedado, por exemplo, acordarem o SPC e SERASA que um

⁴⁵² Art. 16, do Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, publicado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil e atualizado até 6.12.96.

⁴⁵³ Art. 3.5, SERASA, Manual CONVEM - REFIN.

sucedará o outro no arquivo de informação de comunicação travada por decurso do prazo. Isso violaria de frente a *ratio* da lei; daí que “o cancelamento das informações com mais de cinco anos é definitivo. Impensável uma interpretação que importasse no cancelamento e, em data posterior, voltasse a mesma informação aos registros”, pois aquilo “que for cancelado pelo tempo não tem qualquer efeito repristinatório e o registrar novamente é fazer constar no cadastro informação qualificada, para fins de anotação, como inexata”.⁴⁵⁴

[13] DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR OBJETO DE ARQUIVO - Qualquer dado arquivado sobre o consumidor, mesmo os que não digam respeito ao seu comportamento no mercado, abre para ele quatro direitos básicos, que operam em ordem lógica:

- a) comunicação do armazenamento;
- b) acesso; e,
- c) retificação;
- d) notificação de terceiros.

Cumpra lembrar que até informações adquiridas de fontes públicas (jornais, revistas, arquivos oficiais) têm que respeitar essas garantias mínimas do Código, uma vez que podem ser transcritas de maneira incorreta, estarem viciadas pelo decurso de um dos prazos previstos no CDC, ou, o que é pior, serem insustentáveis em arquivos de consumo, conquanto privilegiadas (informações médicas, por exemplo).

As quatro categorias de pressupostos, antes listadas (teleológicos, substantivos, procedimentais e temporais), trazem consigo direitos correlatos, que denominamos *direitos-espelho*: respeito à finalidade noticioso-prospectiva dos arquivos de consumo, qualificação

⁴⁵⁴ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 54.

adequada da informação arquivada, linguagem apropriada e vida útil. Todos, de uma forma ou de outra, desembocam no direito à correção. Quanto a tais direitos conectados aos pressupostos, remetemos o leitor à parte do texto onde deles tratamos.

Recusado qualquer desses direitos, com a insistência do arquivo de consumo em coletar, armazenar e divulgar as informações infamantes, cai por terra a pretensão de exercício regular do direito (Código Civil, art. 188, inc. I), invadindo-se o terreno do abuso de direito⁴⁵⁵ - ilícito penal, civil e administrativo, pura e simplesmente.

Coberto então de ilicitude, o registro dá ensejo ao dever de reparar danos causados, tanto patrimoniais como morais, conforme analisaremos adiante. Mais uma vez, vale citar a palavra oportuna de João Batista de Almeida: a inobservância das regras do art. 43,

mormente impedir o acesso às informações e deixar de corrigir informações inexatas - constitui infração administrativa, da mesma forma que pode gerar responsabilização penal (arts. 72 e 73) e abrir ensejo à incidência da tutela civil, para possibilitar o acesso às informações, sua correção e o pleito indenizatório por danos materiais e morais.⁴⁵⁶

Enquanto os direitos de comunicação e de acesso abstraem por completo a propriedade ou impropriedade do assento - atuam *ipso facto* -, assim não se dá com o direito de correção. Uma vez que, após reinvestigação, a informação seja confirmada, deixam de existir, a um só tempo, a obrigação de retificação e o dever de notificação a terceiros, eventuais destinatários do , registro contestado.

[13.1] DIREITO DE COMUNICAÇÃO DO ASSENTO - O primeiro direito do consumidor, em sede de arquivos de consumo, é tomar

⁴⁵⁵ TJRS, 5º Câmara, Ap. Civ. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., BAASP 2044/481.

⁴⁵⁶ João Batista de Almeida, *op. cit.*, p. 97.

conhecimento de que alguém começou a estocar informações a seu respeito, independentemente de provocação ou aprovação sua. Esse dever de comunicação é corolário do direito básico e genérico estatuído no art. 6º, inc. III, e, mais especificamente, no art. 43, § 2º, abrindo para o consumidor a possibilidade de retificar ou ratificar o registro feito.⁴⁵⁷

[13.1.1] CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO - Consoante o § 2º do art. 43, “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Afirma, em feliz síntese, Araken de Assis que

não basta que a anotação seja verdadeira. É preciso comunicá-la ao consumidor, para que ele, ciente da mesma, não passe pela situação vexatória de tomar conhecimento através de terceiro, recusando conceder-lhe, em razão dela, o pretendido crédito.⁴⁵⁸

Em decorrência disso, o consumidor, sempre que não incitar ele próprio a abertura do arquivo, tem direito a ser devidamente informado sobre a inclusão de seu nome em cadastros e bancos de dados.

A determinação legal visa a assegurar o exercício de dois outros direitos básicos assegurados pelo CDC e que serão melhor analisados adiante: o direito de acesso aos dados recolhidos e o direito à retificação das informações incorretas. Não é necessário grande esforço para sensibilizarmo-nos com alguém (e não são se trata de casos esporádicos) que passa pelo infortúnio de ser surpreendido, no momento de uma contratação qualquer, com a notícia de que está impedido de contratar a crédito. O dispositivo em questão colima, em síntese, atribuir ao consumidor a possibilidade de evitar “transtornos e danos patrimoniais

⁴⁵⁷ CDC, art. 43, § 3º.

⁴⁵⁸ TJRS 5ª Câmara, Ap. Cív. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., *BAASP* 2044/481.

e morais que lhes possam advir dessas informações incorretas”.⁴⁵⁹ Tem inequívoco espírito preventivo.

Os arquivos de consumo podem ser abertos de três formas principais: a) por solicitação do próprio consumidor, b) por determinação da empresa interessada na realização do negócio de consumo e c) por decisão espontânea de um banco de dados.

Na primeira hipótese, é o próprio consumidor, desejoso de realizar um negócio de consumo específico ou mesmo um número indeterminado de transações, que requer a lavratura do assento. Assim, nos planos de saúde, nos bancos, no crediário, nos cartões de crédito, nas agências de viagens, nos seguros, nas escolas. Tratando-se de ato espontâneo do consumidor, inexistente razão para se exigir que o arquivista lhe dê notícia da abertura de arquivo, por ele mesmo solicitada e com dados que ele mesmo forneceu. Isso não implica dizer, contudo, que se tais informações cadastrais forem repassadas ou vendidas a terceiros para composição de banco de dados esteja o novo arquivista liberado do dever de comunicação. Necessário que assim seja para preservar a confidencialidade de certas informações prestadas pelo consumidor somente para aquela operação específica (a contratação de seguro de vida, por exemplo).

No segundo caso, o fornecedor (na acepção do art. 3º) abre, por iniciativa sua, um arquivo sobre o consumidor, ou, de outra maneira, adiciona aos dados fornecidos pelo consumidor outros que são produto de suas próprias investigações. Aqui já se manifesta um interesse do consumidor em conhecer o conteúdo e fontes dessas outras informações sobre ele coletadas. Justificam-se, quanto a elas, plenamente os direitos de acesso e de retificação. Por isso mesmo, exigível dê-se a ele

⁴⁵⁹ Marco Antônio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva, “Ação civil pública”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abril/junho 1997, p. 326.

conhecimento de que o arquivo existe (quando não tiver pedido sua abertura) ou de que novas informações coletadas à sua revelia foram acrescentadas.

Finalmente, o terceiro tipo de arquivo não se forma no interior do estabelecimento do fornecedor. Não é utilizado por ele com exclusividade. Ao contrário, está à disposição de todos os fornecedores ou de certos fornecedores de um mesmo ramo. O titular do arquivo não mantém relações diretas com o consumidor. Simplesmente coleta, armazena, atualiza e gerência informações sobre este, passando-as a terceiros que, agora sim, fundam-se nelas para contratar ou não contratar com o consumidor. Para esse caso - com até mais razão que para os outros — aplica-se o dever de levar ao consumidor a notícia sobre a abertura do arquivo.

Poucos, como o juiz paulista Fernando Sebastião Gomes, conseguiram, com tanta precisão, caracterizar o sentido e conteúdo do direito à comunicação, de traços nitidamente *welfaristas*.

Todo e qualquer cidadão, inidôneo, ou não, tem direito de saber se entidades reputadas públicas estão a 'negativar' sua empresa ou sua pessoa física, até para que possa defender-se, e evitar conseqüências para si desastrosas, nos planos moral, econômico e social. A lei é editada para todos, honestos ou desonestos, idôneos ou inidôneos. Uma característica dos regimes democráticos consiste exatamente nessa garantia, relativa à aplicação da lei para todos, sejam quais forem os adjetivos que possam vir a carregar. As expressões 'negativar' e 'negativação' correspondem às velhas marcas de iniquidade que existem desde o início dos tempos. Em certas sociedades os iníquos eram punidos com a perda do nariz, como acontecia entre os assírios. Na França do Rei Luís XIII, as prostitutas eram marcadas com uma flor-de-lis, com ferro na brasa. Na sociedade de hoje, os devedores são marcados com ferretes ainda mais eficientes, dada a qualidade e modernidade dos meios de comunicação. Esse ato de negativar, esse juízo inflexível sobre a natureza humana, deve comportar algum tipo de temperamento, alguma forma de limitação, em uma sociedade democrática. Foi certamente esse espírito que

conduziu o legislador a essa garantia aos devedores, frente a órgãos que a si irrogam e atribuem o direito de dizer quem é honesto, quem é desonesto, quem pode comerciar e quem não pode, quem terá acesso ao mercado de crédito e quem será dele excluído. Tal juízo poderá ser realizado, até porque o direito de expressão é também garantido pela Constituição. Mas essa expressão não se pode fazer livre e desenfreada, de molde a impedir ou dificultar o exercício de outro direito também garantido pela lei maior, qual seja, o direito elementar de se defender.⁴⁶⁰

[13.1.2] O SENTIDO DO VOCÁBULO “ABERTURA” - Estabelece o § 2º, do art. 43, que a “abertura” de qualquer arquivo de consumo deverá ser comunicada ao consumidor, caso tal procedimento não seja produto de sua manifestação de vontade.

Por abertura quis o legislador significar não somente a lavratura inicial - a primeira - do arquivo, mas qualquer movimentação posterior do registro, que com informação nova venha a reabri-lo, no sentido de alterá-lo substancialmente. Abertura, pois, inicial ou posterior, valendo para qualquer anotação negativa. Nos termos da lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, fazendo-se “qualquer registro a respeito do consumidor, seja em cadastro ou ficha, anotando dados pessoais ou de consumo, o consumidor deve ser devidamente notificado”.⁴⁶¹

Daí que, cada vez que o arquivo de consumo recebe dado que significa inovação, se se quer incorporá-lo precisa informar o consumidor. Vale dizer, o direito à comunicação não se exaure num momento específico e inicial da vida do arquivo de consumo, mas se protraí no tempo, enquanto este permanecer.

[13.1.3] DEVER QUE NÃO ABRIGA EXCEÇÕES - Nenhum arquivo de consumo pode alegar desnecessidade ou dificuldade em

⁴⁶⁰ Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 280.

⁴⁶¹ Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *op. cit.*, p. 50.

cumprir o dever de comunicação, pois ele é pré-requisito inafastável para o funcionamento desses organismos.

Arquivo de consumo que não esteja em condições de bem desempenhar esse ônus (alegando, por exemplo, precariedade dos recursos materiais disponíveis), ou incorpore informação destituída dos elementos mínimos propiciadores do descargo da obrigação, não recebe a benção do ordenamento, devendo, naquele caso, ter o seu funcionamento estancado, e, neste, a exclusão pura e simples do dado.

Não faltarão aqueles prontos a alegar o mais variado círculo de dificuldades para ajustarem-se às determinações legais. O comando do legislador é, no entanto, claro e reflete os termos exatos de um compromisso entre o público consumidor e os agentes econômicos: aceitação dos arquivos de consumo, mas com limites (teleológicos, substantivos, procedimentais e temporais) a serem rigorosamente seguidos.

Como suficientemente demonstra a realidade do mercado, empresas variadas – das administradoras de cartões de crédito às instituições de previdência privada - “não encontram dificuldade de comunicação com milhões de pessoas, em face do elevado grau de eficiência de seu pessoal e de seus meios de computação eletrônica”.⁴⁶² Aliás, recorda o presidente do Sindicato dos Lojistas de São Paulo, Murad Salomão Saad, que “os lojistas têm interesse em receber do inadimplente e procuram avisá-lo de todas as formas quando o cheque é devolvido e há atraso de pagamento”,⁴⁶³ demonstrando, assim, que a prescrição do CDC pouco inova em relação àquilo que o próprio mercado, sem as formalidades legais, faz corriqueiramente.

⁴⁶² Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 280.

⁴⁶³ *Jornal da Tarde*, 14.10.96, p. 9A.

Como já referimos noutro item, tenha ou não o arquivo de consumo usado fontes cartorárias, utilizando-se do princípio da publicidade dos atos cartorários, a comunicação é devida. Aduz, com descortínio, o magistrado Fernando Sebastião Gomes que não basta presuma o banco de dados privado estar o consumidor inadimplente ciente do ato cartorário, pois,

para que esse ato cartorário seja anotado em seus registros, e tido como informação negativa, deve o objeto e conteúdo do registro ser comunicado ao devedor. Assim, se este foi notificado pessoalmente pelo cartório, deve sê-lo também pessoalmente

pelo sistema de proteção ao crédito; de outra parte, sendo a notificação por edital, “também, minimamente, dever ocorrer por edital”, sob pena de não poder o banco de dados incluí-lo em suas listagens massificadas. E conclui: “É evidente que ninguém é obrigado ao impossível. Deve sê-lo, todavia, com relação ao minimamente possível, ao mínimo ético e jurídico que a sociedade quer e a Constituição Federal exige.”⁴⁶⁴

Aqui, o CDC, como de resto em outras matérias, não vislumbrou qualquer privilégio, sendo irrelevante, para esses fins, a fonte da informação candidata a arquivo. É o caso das certidões plurinominais dos cartórios de protestos que, pela forma de sua organização, não possibilitam, de imediato, a regular cientificação dos consumidores. Ora, sem a observância estrita a esse requisito prévio de informações negativas, nenhum registro pode ser efetivado. É a regra do CDC. Cabe, então, ao arquivo de consumo “munir-se de outro tipo de aparato, para que os endereços, facilmente encontrados nos títulos, sejam acessados”,⁴⁶⁵ com a prévia comunicação ao devedor.

⁴⁶⁴ Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 279.

⁴⁶⁵ Juiz Fernando Sebastião Gomes, *sentença...*, cit., p. 281.

[13.1.4] MOMENTO DA COMUNICAÇÃO - A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal.⁴⁶⁶

Logo, lembra Roscoe Bessa, “antes da comunicação ao titular dos dados, é ilícita qualquer transferência das informações a terceiros”. E complementa: “não basta expedir a comunicação. O correto é, além da certeza quanto à efetiva comunicação do registro, conceder prazo razoável, pelo menos cinco dias, para eventual exercício do direito à retificação”.⁴⁶⁷

Visando a prevenir futuros danos ao consumidor, é de todo recomendável

que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros... Agindo assim, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade.⁴⁶⁸

Lembram Marco Antônio Zanellato e Edgard Moreira da Silva que não é incomum encontrarem-se

consumidores que tiveram créditos negados em decorrência de informações inexatas que constam em bancos de dados ou cadastros abertos em seu nome. Via de regra, somente depois de haverem sofrido danos - principalmente moral, pois a negativa de crédito, quando da realização de negócios jurídicos, normalmente os expõe a situações vexatórias, ofensivas à sua honra - é que a inexatidão dos dados negativos registrados a seu respeito é detectada e corrigida,

⁴⁶⁶ No mesmo sentido, cf. Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 147; Leonardo Roscoe Bessa, *op. cit.*, p. 197; Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 524.

⁴⁶⁷ Leonardo Roscoe Bessa, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁶⁸ STJ, Re nº 165.727(98/0014451-0-DF), rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.6.98, v.u.

muitas vezes com recurso ao Poder Judiciário, providência custosa e demorada, como é do conhecimento de todos.⁴⁶⁹

Estabelece a norma auto-regulamentar que “o registro de débito em atraso deverá ser precedido de comunicação escrita ao cliente devedor, inclusive fiadores e/ou avalistas. A falta de comunicação implicará o cancelamento do registro”.⁴⁷⁰ Aqui, é bom lembrar, pois do contrário a norma ética seria incompatível com o CDC, à informação objeto de “registro” não se pode dar acesso público antes da integralização da comunicação.

E se o banco de dados recebe a informação, mas resolve ignorá-la, não a registrando? Perde, é claro, qualquer sentido o dever de comunicação.

[13.1.5] FORMA DE COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR - Impõe o CDC que a comunicação ao consumidor seja “por escrito”. Ou seja, não observa o ditame da lei um telefonema ou um recado oral. Escrita, sim, mas sem maiores formalidades. Não se trata de “intimação”. É uma simples carta, telex, telegrama ou mesmo fax. Sempre com demonstrativo de recebimento, como cautela para o arquivista.

Recomenda a boa prática que a comunicação, se por correio, seja com aviso de recebimento. A cientificação escrita será única (um só endereço) ou múltipla (vários endereços). Conhecidos outros endereços, mesmo que não constantes da ficha cadastral ou documento inicial do consumidor, demanda-se que para eles também seja expedida a comunicação. Não tem o arquivista a faculdade de escolher um entre vários endereços que dispõe. É bom lembrar que aqui toda a cautela é pouca por parte das empresas envolvidas, já que a prova de que o

⁴⁶⁹ Marco Antônio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva, “Ação civil pública...”, cit., p. 326.

⁴⁷⁰ Art. 14, § 3º, Regimento Interno do SCPC - Serviço Central de Proteção ao Crédito, da Associação Comercial de São Paulo.

procedimento de comunicação foi cumprido adequadamente a elas incumbe, com eventual desvio, como demonstraremos mais tarde, ensejando o dever de reparar eventuais danos patrimoniais e morais causados.

Além da regra específica do art. 43, o direito à informação adequada e clara (art. 6º, inc. III) e o respeito à dignidade do consumidor (art. 4º, *caput*) conduzem a um duplo dever de comunicação. Primeiro, do arquivista em relação aos registros efetuados em nome do consumidor; segundo, como corolário natural, do fornecedor associado a sistema de proteção ao crédito, na hipótese de recusar a contratação sob o argumento de estar o pretendente “negativado”. Nesse último caso, o consumidor, visando a acautelar futura reclamação administrativa ou judicial, faz jus a receber, em forma escrita, os elementos identificadores da origem da referência desabonadora.

Portanto, sem validade, conquanto violadora desse dever genérico de informação estatuído no CDC, norma auto-regulamentar dispondo que “a associada, ao não conceder crédito, informará *verbalmente*, ao cliente, no ato, a existência de ocorrências, registradas por outras associadas, declinando-lhe seus nomes”.⁴⁷¹

Ora, aqui mais do que nunca, justifica-se que a comunicação, se for esta a opção do consumidor, seja por escrito, pois aí está exatamente a melhor (quando não a única) prova que disporá para demonstrar o impedimento à contratação e eventuais danos sofridos. Para facilitar o exercício desse direito é recomendável que os bancos de dados forneçam aos seus associados formulário apropriado, que agilize tal providência, ou, então, que se utilize equipamento capacitado a imprimir a mensagem recebida pelo fornecedor.

⁴⁷¹ Art. 10 do Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, publicado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil e atualizado até 6.12.96, grifo nosso.

[13.1.6] CONTEÚDO DA COMUNICAÇÃO - No plano substantivo, o direito à comunicação traz consigo triplo dever de noticiar:

- a) o cadastramento;
- b) a fonte dos dados; e
- c) o conteúdo das informações a serem arquivadas.

Primeiramente, exige-se do arquivo de consumo notícia sobre a inclusão do nome do consumidor em ficha, cadastro ou banco de dados. Consequência desse dever é a necessidade de informar o consumidor sobre modificações, para pior, das anotações originalmente incorporadas.

De outra parte, não basta simplesmente cientificar o devedor da “negativação”. Imprescindível a indicação da fonte ou fontes onde as informações foram colhidas. Essa obrigação, como de resto todas fixadas pelo CDC, é de ordem pública, sendo nula qualquer estipulação contratual em contrário, tanto com o próprio consumidor ou com o terceiro usuário do arquivo de consumo; é vedado ao contrato de cessão de banco de dados “trazer cláusula que impeça o cessionário de cumprir com este dever”.⁴⁷²

Finalmente, cabe ao arquivo de consumo apresentar os dados anotados com suficiente caracterização, permitindo, dessa maneira, ao consumidor apreendê-los adequadamente.

Na forma do art. 72, do CDC, a comunicação deve, ademais, já trazer os elementos que propiciem um adequado e fácil exercício pelo consumidor de seu direito de acesso e correção das informações arquivadas (formulário anexo para ser preenchido, número de telefone “toll free” para esclarecimentos etc.).

⁴⁷² Fábio Ulhoa Coelho *et al*, *op. cit.*, p. 177.

[13.1.7] RESPONSÁVEIS PELA COMUNICAÇÃO - Os arquivos de consumo cristalizam a conjugação de esforços de vários sujeitos, dois deles principais: o fornecedor da obrigação original e o administrador do banco de dados.

Nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” Isso quer dizer que fornecedor e administrador, como agentes diretamente envolvidos no *iter* da inscrição, são co-responsáveis pelos danos eventualmente causados ao consumidor, por defeito de comunicação.

O CDC, ao contrário do que fez em outro passo (§ 3º, do art. 43, que estipula dever específico do “arquivista”), não pinçou um desses sujeitos, contra ele fazendo cair todo o encargo da comunicação. A hipótese, evidentemente, é de responsabilidade solidária, cabendo, por isso mesmo, ação de regresso de um co-responsável na direção do outro. Compete ao consumidor, no momento da propositura de eventual ação indenizatória, escolher um, alguns ou todos os agentes.

No que tange ao banco de dados, não lhe é lícito, pela via contratual, delegar (*rectius*, fragmentar) aos seus associados tal obrigação de comunicação, pretendendo, assim, eximir-se de futura responsabilidade. A norma do CDC é de ordem pública, não aceitando, por conseguinte, afastamento de natureza convencional ou auto-regulamentar.

O comparecimento ou manifestação do consumidor sana eventual comunicação insuficiente ou imprópria (à casa de um parente, por exemplo, ou ao fiador), embora, em certos casos, não ilida o dever de reparar danos causados.

[13.1.8] CONSEQUÊNCIAS CÍVEIS, ADMINISTRATIVAS E PENAIS PARA O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE COMUNICAR - O Código, na esteira das legislações modernas, não se contentou em estabelecer direitos e obrigações. Encarregou-se ele próprio de fixar, de pronto, um sistema reparatório e sancionatório, capaz de propiciar uma implementação adequada de seus comandos.

No caso específico do dever de comunicação, aparecem, por um lado, sanções administrativas e penais, e, por outro, a obrigação de reparar eventuais danos causados, de natureza patrimonial ou moral.

O simples fato de deixar de comunicar a inscrição no cadastro dos devedores é grave ato ilícito, que gera, por si só, o dever de indenizar, além do sancionamento administrativo e penal (art. 72, pois quem não comunica está a “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastro, banco de dados, fichas e registros”).

Poucos negarão que ser surpreendido com a informação de que seu nome está incluído entre os maus devedores configura, para a grande maioria dos consumidores, situação vexatória. A não ser naqueles casos da minoria dos consumidores useiros e vezeiros em freqüentar tais listas negras (os párias do mercado), esse fato, mesmo que sem desdobramentos patrimoniais diretos, gera vergonha, angústia e apreensão, ofendendo a dignidade, a honra e a privacidade do cidadão. Há ataque a direitos consignados na Constituição e no CDC: esse é o fundamento do dano moral, na hipótese.

O min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, lapidarmente, assim resumiu a questão:

Nos termos da lei, efetivamente necessária a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção ao

crédito, tendo-se, na ausência dessa comunicação, por reparável o dano moral oriundo da indevida inclusão.⁴⁷³

[13.2] DIREITO DE ACESSO - Dispõe o CDC, em seu art. 43, *caput*, que ao consumidor é garantido o “acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre-ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

O acesso que tem o consumidor aos assentos lavrados em seu nome é o segundo direito básico estatuído pelo CDC no campo dos arquivos de consumo. Numa seqüência lógica, é *posterius* em relação ao direito de comunicação, que é o *prius*.

[13.2.1] CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO - O direito de acesso é consequência da garantia de informação e transparência na relação de consumo, prevista na Constituição Federal e no próprio CDC.⁴⁷⁴

Esse dispositivo, anota Eduardo Arruda Alvim, funda-se, “em *ultima ratio*, no direito à informação assegurado em sede constitucional (CF/88, art. 5º, XIV) e no próprio direito de certidão (CF/88, art. 5º, XXXIV)”.⁴⁷⁵

Na esteira da obrigação do arquivista de comunicar a existência do assento e preambular a outro direito - o de retificação -, ao consumidor é assegurado acesso às informações arquivadas, quaisquer que sejam elas (“dados pessoais e de consumo”) e qualquer que seja o local onde se encontrem armazenadas (“cadastros, fichas, registros e dados”). É indiferente sejam os dados arquivados pelo próprio fornecedor (nos termos do conceito do art. 3º) ou, ao revés, por entidade prestadora de serviço a terceiros, como Serviços de Proteção ao Crédito - SPCs, SERASA e congêneres.

⁴⁷³ STJ, RE nº 165.727-DF, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.6.98, v.u.

⁴⁷⁴ CDC, arts. 4º, *caput*, e 6º, inc. III.

⁴⁷⁵ Eduardo Arruda Alvim *et al*, *op. cit.*, p. 226.

Em outras palavras, a *raison d'être* da lei brasileira é, pois, conferir ao consumidor acesso amplo e irrestrito às informações a seu respeito, colhidas de outra fonte que não ele próprio, estejam elas onde estiverem: em organismos privados ou públicos, em cadastros internos das empresas ou em banco de dados prestador de serviços a terceiros. Não pode o arquivista, sob pena de sancionamento administrativo, civil e penal, alegar sigilo, qualquer que seja a natureza do assento. Se disponível em arquivo, mesmo que de acesso vedado a terceiros, o primeiro garantido no sentido de conhecer as fontes e conteúdo do registrado é o próprio consumidor, objeto da anotação.

Ressalte-se que o *caput* do art. 43 não limita o direito de acesso aos SPCs. Ao revés, é até prolixo ao mencionar “cadastros”, “fichas”, “registros”, “dados pessoais” e “dados de consumo”.

[13.2.2] CAMPO DE APLICAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO - O direito de acesso, genericamente considerado, fragmenta-se em três outros direitos específicos. Tem, portanto, composição tríplice:

- a) direito de acesso às informações arquivadas;
- b) direito de acesso às fontes do registro;
- c) direito de acesso à identificação dos destinatários, isto é, as pessoas, físicas ou jurídicas, comunicadas do conteúdo do assentamento.

Nessa tríade, os direitos, não obstante partilharem a mesma gênese, carregam finalidades diferenciadas. Fragmentando o direito de acesso em três categorias, o CDC, por essa via, criou o dever para o arquivo de consumo de sempre anotar a origem e eventuais destinatários da informação incorporada.

Primordial, entre os três, o direito de acesso ao assento, em si considerado, objetiva viabilizar a retificação do mesmo, na hipótese da existência de imprecisões ou falsidades.

No caso das fontes, interessa ao consumidor conhecer a origem, o ponto de geração, dos dados que entende abusivos. Só assim terá condições de viabilizar uma eficiente e definitiva retificação, não daquele que repete registros de terceiros, mas de quem, por primeiro, os gera. Os fins visados pela obrigação em questão, por conseguinte, bifurcam-se. Primeiro, o dever opera em defesa do próprio obrigado, precaução mínima que deve tomar visando a acautelar-se contra futura contestação do registro, pois o apontamento facilita uma nova investigação que, por acaso, deseje empreender na própria fonte, ou, de outra parte, indica sua boa-fé na inclusão do dado questionado. Segundo, como forma de permitir ao consumidor postular perdas e danos (ou facilitar ação de regresso, pelo próprio banco de dados) contra quem, em última análise, originou a informação desconforme.⁴⁷⁶

Finalmente, a ciência da identidade daqueles aos quais por ventura tenham sido despachadas notícias sobre o assento dá ao consumidor e ao próprio arquivista a salutar oportunidade de sanar, a tempo, o equívoco cometido, evitando ou mitigando danos patrimoniais e morais que daí possam decorrer. Além disso, essa é a única maneira de possibilitar ao arquivista o cumprimento da exigência legal de noticiar a

⁴⁷⁶ O Direito norte-americano cuida da matéria, atentando muito mais para o problema dos SPCs do que propriamente para o armazenamento de informações sobre o consumidor em outros estabelecimentos. Assim, regra similar ao art. 43, *caput* - mas muito menos ambiciosa - está no *National Consumer Act*, na versão do seu *First Final Draft*, preparado pelo *National Consumer Law Center*, e no *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*. Estabelece esse último: "Todo serviço de proteção ao crédito deve, mediante solicitação e identificação adequada do consumidor, revelar-lhe, clara e acuradamente: (1) A natureza e substância de todas as informações (exceto informações médicas) que sobre ele constem de seus arquivos ao tempo da solicitação. (2) As fontes das informações... (3) Os destinatários de qualquer relatório de consumo..." (art. 609).

retificação a todos aqueles antes contactados, no prazo máximo de cinco dias.⁴⁷⁷

[13.2.3] RAPIDEZ E GRATUIDADE DO ACESSO - O acesso tem de ser oferecido imediatamente quando solicitado pelo consumidor, em tempo não superior àquele que o arquivo de consumo levaria para atender à perquirição de associado seu. Fazê-lo esperar é descumprir a regra do CDC, provocando, nesse caso, a força sancionatória da lei.

Além disso, acesso amplo e irrestrito é necessariamente gratuito. Há norma auto-regulamentar a respeito: "Fica assegurado a qualquer pessoa, devidamente identificada, obter junto ao serviço de proteção ao crédito informações sobre os registros em seu nome, que serão prestadas gratuitamente."⁴⁷⁸

[13.3] DIREITO À CORREÇÃO - Determina o CDC que na hipótese de o consumidor

encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.⁴⁷⁹

[13.3.1] CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO - Derivação e complementação dos direitos de comunicação e de acesso, e preambular ao direito à notificação de terceiros, o Código assegura ao consumidor também o direito de correção (= retificação) da informação incorreta, como analisaremos a seguir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ CDC, art. 43, § 3º.

⁴⁷⁸ Art. 35, Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, publicado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil e atualizado até 6.12.96.

⁴⁷⁹ CDC, art. 43, § 32.

⁴⁸⁰ Tanto o *National Consumer Act*, como o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), possuem dispositivo assemelhado. Diz esse último: "Se o consumidor contesta a perfeição ou exatidão de qualquer dado contido no arquivo a ele referente, sendo tal insatisfação diretamente encaminhada por ele ao serviço de proteção ao crédito, deve este, em período razoável de tempo, reinvestigar e inserir o *status* atual daquela informação... Se



Diante da intransigência dos bancos de dados na preservação de seus assentos, antes da explicitação, pelo CDC, do dever legal de correção, aquele que desejasse “limpar” seu nome só dispunha, na prática, de duas opções, ambas amargas: pagar a dívida, mesmo discordando da sua existência ou valor, mas com isso afastando a mácula da “negativação” ou, então, recorrer às vias judiciais, saída impraticável nos casos mais comuns de débito de consumo, normalmente de pequeno valor.⁴⁸¹

[13.3.2] PRAZO PARA A CORREÇÃO - A retificação, mais ainda quando o consumidor faz suficiente prova (uma certidão negativa, por exemplo), deve ser imediata.

Como dissemos, caso o assento depreciativo tenha sido fornecido a terceiros, estes têm de receber notícia da retificação, no prazo máximo de cinco dias úteis. Seria insuficiente garantir a retificação, sem assegurar, ao mesmo tempo, o direito à notificação de terceiros, exatamente àqueles que porventura tenham recebido a informação incorreta.

Empresas com organização moderna e estrutura tecnologicamente avançada, os arquivos de consumo não enfrentam dificuldades materiais ou temporais para cumprir a determinação do CDC, mormente quando se leva em conta que, “hodiernamente, a grande

o dado, após reinvestigação, é tido como inexato ou não mais pode ser verificado, o serviço de proteção ao crédito deve prontamente apagá-lo” (art. 611, a).

O texto do *National Consumer Act* segue a mesma linha:

“Section 8.203 (*Correction of Inaccurate Information*)

(1) *A reporting agency shall afford consumers a reasonable opportunity to correct any inaccurate or misleading information in the file. Whenever a consumer disputes the accuracy of any item of information in his file, the reporting agency shall promptly investigate the matter and if it finds that the item is in error or if it is unable to verify the item’s validity, the reporting agency shall, without charge to the consumer: (a) Promptly expunge such item from the file; (b) Refrain from reporting such item on future reports; and (c) Promptly notify all prior recipients that the item had been reported in error and was being expunged from the consumer’s record.*”

⁴⁸¹ Cf., no mesmo sentido, Marco Antônio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva, *Ação civil pública...*, cit., p. 325.

massa de dados é arquivada em meio magnético, o que torna o processo de correção dos arquivos algo bastante célere”.⁴⁸²

Cabe ressaltar que o prazo de cinco dias não se aplica à retificação, que é “imediata”, mas sim ao dever de informar terceiros da incorreção de dados fornecidos pelo arquivista. Ao dever de correção não se concede qualquer lapso: tem ele que ser cumprido de forma instantânea, sem delongas.

O vocábulo imediatamente quer dizer o seguinte: a emenda é feita pelo arquivista logo após ter os elementos caracterizadores da incorreção ou de outra maneira, lhe faltarem subsídios para a sua manutenção. De qualquer modo, embora a mera contestação do consumidor não crie o dever de corrigir, tal basta para suspender, enquanto dure o procedimento de confirmação, a veiculação do dado controvertido, até como forma de prevenir ou mitigar dano moral ou patrimonial, na hipótese de comprovação da erronia.

[13.3.3] SENTIDO DO VOCÁBULO CORREÇÃO - Corrigir é retificar, expurgar desacertos e impropriedades. A correção pode ser parcial ou total; ainda, modificativa, aditiva ou supressiva. No seu universo semântico, corrigir pode, *in extremis*, denotar o puro e simples cancelamento do registro.

Corrigir não se confunde com anotar, providência abrigada na Lei do *Habeas Data* e que tem o sentido mais restrito de esclarecer ou explicar “dado verdadeiro mas justificável”.⁴⁸³ Não é disso que se cuida aqui, quando a dívida é contestada, seja quanto à sua existência, seja no que tange ao seu valor.

⁴⁸² Eduardo Arruda Alvim *et al*, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁸³ Lei nº 9.507/97, art. 7º, inc. III.

A anotação só é cabível quando o consumidor faz uso da ação e procedimento previstos na Lei nº 9.507/97. O sistema brasileiro confere-lhe, contudo, a prerrogativa de optar entre usar o CDC ou o arcabouço processual mais célere e mandamental do *habeas data*.

[13.3.4] ÔNUS PROBATÓRIO - Tirante elementos mínimos ou *prima facie*, não está a cargo do consumidor a tarefa final de provar a propriedade ou impropriedade do registro. Muito ao contrário, incumbe ao arquivo de consumo demonstrar que procedem a invasão de privacidade que praticou e a disseminação ampla dos dados coligidos.

Descabido, portanto, querer-se faça o consumidor prova negativa, de que é correto, na sua posição de sujeito no mercado de consumo. Já que se trata de material recolhido à sua revelia, não lhe trazendo nenhum proveito individual imediato, toca ao arquivista, a quem os dados beneficiam diretamente, aduzir prova positiva da veracidade e atualidade dos assentos que administra e explora.

Pensar diferentemente é inverter a ordem dos valores constitucionais, levando à derrocada das próprias garantias fundamentais: ao cidadão impenderia, a cada momento, sair bradando (e provando) que é honesto. O que se prova não é a honestidade, mas o desvio, a desonestidade. Quem dissemina e propaga, e com isso lucra, prova. Se não consegue provar, ou se não conta com prova suficiente, ou se paira dúvida, expurga.

Desnecessário dizer que se os arquivos de consumo devem ser verdadeiros, conforme determinado pelo CDC, “a decorrência lógica é que o registrante tenha prova do fato registrado ou a registrar”,⁴⁸⁴ ou seja capaz de produzi-la.

⁴⁸⁴ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 19.

[13.4] DESPESAS NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE ACESSO E DE RETIFICAÇÃO - Se o consumidor é obrigado a despendar recursos próprios no afã de “limpar” seu nome, maculado por um registro irregular, faz ele jus, independentemente da possibilidade de reclamar outros danos morais e patrimoniais, ao reembolso das despesas que incidir (certidões negativas, horas de trabalho, transporte ou mesmo contratação de serviço especializado).

É mesmo uma solução de justiça. Não são modestos os sacrifícios que oneram o consumidor no processo de reivindicar sua idoneidade financeira perante o público e o mercado. Infelizmente, o procedimento para “limpeza” de um nome é bem mais do que uma formalidade ordinária ou providência simplificada. Não são poucos os consumidores que, em desespero, contratam empresas que se especializam exatamente em fazer aquilo que deveria ser alcançado com um simples telefonema.

A impressão que fica é que o sistema de proteção ao crédito utiliza tais dificuldades para amplificar a *via crucis* do consumidor, devedor ou não, colimando coagi-lo ao pagamento do débito assentado, concorde ou não com sua existência ou valor. Fácil ser “negativado”, difícil é o *iter* do resgate da dignidade de consumidor adimplente, valor que todos prezam e carecem, pois simboliza o alvará de trânsito na sociedade de consumo.

Não é de mister grande sensibilidade para simpatizar-se com a aventura do consumidor que é obrigado a pulular de um local a outro, enfrentando filas e má vontade generalizada, além de perder horas preciosas de trabalho ou lazer, tudo para retificar informação incorreta que, com frequência, não deu origem. Há, aí, com certeza, mais do que um risível sentimento de desconforto; existe, sem dúvida, também a sensação de impotência, própria das situações em que direitos

corriqueiros, mas básicos, reconhecidos no mundo civilizado, são vilipendiados e ao cidadão cabe tão-só o conformismo e a sublimação da ofensa. São poucos os valores em nossa sociedade que alcançam o patamar de um bom nome, pois dele depende não apenas seu titular, mas a sorte e fortuna de sua família.⁴⁸⁵

Conseqüentemente, devem ser ressarcidas todas as despesas, inclusive aquelas com a contratação de empresa especializada (despachante, por exemplo), em última análise nada mais do que danos de caráter patrimonial (tema que abordaremos, a seguir, em maior extensão). Indenização essa arcada, solidariamente, por aqueles que estão na origem do prejuízo: o fornecedor do débito original e o arquivista.

[14] RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ARQUIVOS DE CONSUMO — Os bancos de dados e os seus usuários respondem pelas irregularidades que sucedem na sua operação. Trata-se de responsabilização civil, mas também administrativa⁴⁸⁶ e penal⁴⁸⁷.

Segundo o desembargador Araken de Assis, um dos mais lúcidos juristas do Brasil, são deveras

bem conhecidos os reflexos terríveis que a inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito e em outros bancos de dados

⁴⁸⁵ Para se ter uma pálida idéia do que, em termos de esforço pessoal, significa “limpar” o nome junto ao sistema de proteção ao crédito, veja-se a seguinte notícia de jornal, onde Francisco Filomeno, diretor-jurídico do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Estado de São Paulo, dá conta de que a Lei nº 9.492 “facilitou e barateou” a regularização da situação de inadimplência nos cartórios, despesas de protesto essas que não são baixas, variando de acordo com o valor do título. “Num título de R\$ 1 mil, por exemplo, é cobrada pelo cartório uma taxa de R\$ 56,44. Depois de quitada a dívida, o consumidor deve dirigir-se ao cartório onde o título foi protestado, o qual expedirá uma certidão de cancelamento do protesto, que fica pronta em dois dias e custará R\$ 2,65. Se não souber em qual cartório seu título foi protestado, o consumidor deve procurar o Serviço de Distribuição de Títulos da sua cidade (na capital, o endereço é Rua XV de Novembro, 175). Nessa central, ele terá de solicitar certidões negativas de todos os cartórios da cidade, que na capital custa R\$ 0,88 cada uma” (“Ficou mais fácil limpar o nome no cartório”, in *O Estado de S. Paulo*, 27.4.98, S3).

⁴⁸⁶ Decreto nº 2.181/97, art. 13, incs. X a XV.

⁴⁸⁷ CDC, arts. 71, 72 e 73.

causam às pessoas, ao lhes restringir ou vetar acesso ao crédito. E, pior, em face do freqüente descumprimento do art. 43, § 2º, da Lei nº 8.078/90, que exige comunicação ao consumidor para abrir o cadastro, a pessoa só descobre a anotação infamante em situações vexatórias, quando procura realizar negócios.⁴⁸⁸

Esses “reflexos terríveis” são tratados pelo ordenamento jurídico como perdas e danos, terreno próprio da responsabilidade civil.

Marco Antônio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva narram com realismo os percalços e prejuízos sofridos pelo consumidor indevidamente “negativado”. Primeiro, é afetado seu crédito,

impedindo a realização de negócios e denegrindo a sua imagem, pois ele passa a ser visto, no meio social, como um mau pagador, como uma pessoa que não honra seus compromissos e, por isso, não é merecedora de crédito. Sofre, assim, vexames e constrangimentos perante os empregados da loja onde seu crédito foi recusado, os seus amigos, familiares etc. Não bastasse isso, para voltar a ter crédito na praça, encontra inúmeras dificuldades, pois, normalmente, só consegue eliminar os dados negativos existentes a seu respeito, nos bancos de dados, mediante ação judicial, cuja tramitação, como se sabe, em decorrência de vários fatores, é lenta e o resultado, incerto. Assim, a ‘negativação’ de seu nome nesses arquivos acaba protraindo-se no tempo, com sérios transtornos a sua pessoa, quer na esfera patrimonial, quer na moral.⁴⁸⁹

Ninguém, em sã consciência, contesta que a inscrição indevida ou incorreta abala o crédito de qualquer um e que com o assento desmerecido advêm, normalmente, prejuízos patrimoniais e morais ao consumidor,⁴⁹⁰ conclusão essa que já encontraria suficiente fundamento no Código Civil de 1916, mas que é, de maneira explícita, exigida “pela definição legislada do direito básico do consumidor previsto no art. 6º, VI, do Código: efetiva reparação de danos patrimoniais e morais (individuais,

⁴⁸⁸ TJRS, 5ª T., Ap. Cív. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., *BAASP* 2044/481.

⁴⁸⁹ Marco Antonio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva, *Ação civil pública...* cit., p. 328.

⁴⁹⁰ CDC, art. 6º, inc. VII; cf., no mesmo sentido, Marco Antônio Zanelatto e Edgard Moreira da Silva, *Ação civil pública...*, cit., p. 328.

coletivos e difusos)".⁴⁹¹ Eventual indenização, é oportuno recordar já nesse ponto, é aferida de acordo com o regime especial de responsabilidade civil estatuído no CDC.

Ao consumidor que deixa de realizar negócio por conta de descabida notícia denegridora que o banco de dados repassa ao potencial parceiro contratual, bem instrui Eduardo Gabriel Saad, assiste "o direito de postular em juízo uma compensação financeira pelos danos conseqüentes".⁴⁹²

A coleta, armazenamento e circulação, pois, de informações sobre o consumidor contaminadas por falsidade, enganosidade, inexatidão, insuficiência ou desconformidade com os pressupostos que orientam os arquivos de consumo trazem, consigo, no plano cível, o dever de reparar eventuais danos causados. O caráter desabonador, isto é, danoso, é intrínseco e *ipso facto* à manutenção ou prestação de informação nessas condições.

O tema, desde a promulgação do CDC, vem freqüentando, amiúde, os tribunais brasileiros que, atentos aos parâmetros constitucionais e legais, assim como aos reclamos sociais, vêm tutelando o consumidor contra várias modalidades de abusos praticados pelos arquivos de consumo. Com a percuciência própria dos notáveis civilistas, nota Cláudia Lima Marques, em excelente e pioneira obra, que,

nestes primeiros anos de vigência do CDC, a jurisprudência brasileira tem-se mostrado especialmente sensível ao problema do ressarcimento do dano moral sofrido pelo consumidor em suas relações de consumo com fornecedores e seus auxiliares profissionais (SPC, cartórios de protesto de títulos, jornais etc). Esta massiva resposta jurisprudencial, de uma unanimidade poucas vezes observada em matéria de defesa do consumidor, pode ter sua origem na hierarquia

⁴⁹¹ José Alexandre Tavares Guerreiro, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁹² Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, LTr, 1991, p. 251.

constitucional da proteção da personalidade e da dignidade humana, mas demonstrou de forma clara a importância da atuação do Judiciário na criação de uma sociedade mais ética.⁴⁹³

[14.1] SUJEITOS RESPONSÁVEIS - Como já tivemos oportunidade de referir, a regra do CDC é a da solidariedade entre fornecedor originário e banco de dados. Está correto Roscoe Bessa ao afirmar que “cabe a todos que administram e utilizam os sistemas de proteção ao crédito - fornecedores e bancos de dados - cuidar para que as exigências do CDC sejam rigorosamente observadas”.⁴⁹⁴

No cotidiano dos tribunais, é freqüente ver-se um tentando passar a responsabilidade pelo cumprimento dos deveres do art. 43 para o outro: fornecedor apontando o dedo na direção do arquivista como parte legítima⁴⁹⁵ e este informando ser aquele o responsável.

De um lado, é responsabilizado o fornecedor originário, quando as informações encaminhadas ao arquivo de consumo são falsas, inexatas, enganosas, imprecisas ou incompletas. Da mesma forma, quando deixa de cumprir os pressupostos de legitimidade, que também o obriga: o teleológico (finalidade), os substantivos (levando a arquivo dados irregistráveis, como na hipótese de débito judicialmente questionado) e o temporal (por exemplo, noticiando ao banco de dados informação com vida útil expirada). Normalmente, os pressupostos procedimentais não são aplicáveis ao fornecedor direto, exceto quando ele próprio é o arquivista (no caso de cadastros *in home*) ou intervém, diretamente, no sistema de arquivamento.

Por outra parte, o arquivista responde pela violação de quaisquer dos pressupostos de legitimidade (teleológico, substantivos,

⁴⁹³ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 633.

⁴⁹⁴ Leonardo Roscoe Bessa, op. cit., p. 199.

⁴⁹⁵ RT 746/260.

procedimentais e temporais), bem como por descumprimento de obrigações associadas aos direitos básicos do consumidor nessa matéria (direito de comunicação, direito de acesso e direito de retificação).

Em todas essas modalidades de responsabilização, o regime adotado é o da solidariedade, cabendo ao arquivo de consumo, em certas circunstâncias, ação de regresso contra o associado. Essa é a regra do art. 7^a, parágrafo único, do CDC: "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

Razões várias justificam a co-responsabilidade aqui. Arquivos de consumo e usuários formam um todo inseparável. Pouco importa não tenha o consumidor relação contratual com aquele, pois o CDC não abriga somente hipóteses de responsabilidade civil contratual (veja-se, por exemplo, a responsabilização do fabricante por produto defeituoso, onde a compra e venda une somente o consumidor e o varejista⁴⁹⁶).

Coletivamente falando, a posição do arquivo de consumo destaca-se, quando cotejada com a do simples fornecedor. É ele quem coleta, administra e distribui, comumente em nível nacional, as informações, cobrando, direta ou indiretamente, por seus serviços.⁴⁹⁷ É ele quem tem o poder (mais que isso, o dever) de controle e administração⁴⁹⁸ global do sistema, já que proprietário das informações assentadas,⁴⁹⁹ cabendo-lhe, *ope legis*, vários tipos de obrigações, todas inderrogáveis e indisponíveis, valendo mencionar: a) o dever de verificação da veracidade do dado; b) o dever de comunicação; c) o dever

⁴⁹⁶ CDC, art. 12.

⁴⁹⁷ Segundo o Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, "pelo registro do débito de que trata este artigo, deverá o serviço de proteção ao crédito cobrar taxas a serem fixas das no seu Regimento Interno" (art. 17, § 2^a, atualizado até 6.12.96).

⁴⁹⁸ Nos termos das normas auto-regulamentares, cabe, por exemplo, à SERASA "o gerenciamento e administração" do arquivo (art. 6.2, Manual CONVÉM - REFIN).

⁴⁹⁹ Aliás, as normas da SERASA são expressas no sentido de que "a instituição financeira usuária tem direito ao uso da informação e não da posse do arquivo" (art. 5.3, Manual CONVÉM - REFIN, grifo nosso), querendo por "posse" significar "domínio".

de fiscalização dos assentos; d) o dever de atualização das anotações; e) o dever de cancelamento ou retificação dos lançamentos; e f) o dever de sigilo (criando, inclusive, mecanismos que evitem o acesso a quem não é associado ou autorizado).

Em síntese, quem tem a última palavra - e é esta que importa - sobre o que entra e o que sai é o arquivista. O fato de ele, contratualmente ou de fato, abrir mão da totalidade ou de parte desse poder verifica-se à sua conta e risco e em nada altera sua posição perante o CDC.

Tampouco tem validade jurídica, para afastar a co-responsabilidade do arquivo de consumo, aceitação de “inteira” responsabilidade, formalizada pelo usuário (= fornecedor original) em ficha de solicitação de registro. Nos termos do CDC, são nulas de pleno direito cláusulas contratuais que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.⁵⁰⁰

Ademais, tais declarações têm caráter bilateral, direcionadas a reger o relacionamento entre fornecedores, não sendo o consumidor parte do negócio jurídico em questão. O contrato, habitualmente, vincula apenas seus sujeitos (*res inter alios acta*). Quando lavradas entre fornecedores, tais manifestações de vontade não podem prejudicar o consumidor que, aqui, é terceiro, estando, por isso mesmo, protegido contra efeitos jurídicos que não desejou ou que não consentiu.

Também disposições em sentido contrário, constantes de normas auto-regulamentares do setor, não têm o condão de afastar a solidariedade de todos os agentes da cadeia, que, como dissemos, é legal. O prestador do serviço é o banco de dados, mesmo que conte com a

⁵⁰⁰ CDC, art. 51, inc. I.

colaboração de terceiros na montagem e funcionamento de sua base de informações.

Na mesma linha, conforme alertamos atrás, não têm, por conseguinte, qualquer efeito jurídico, porque violadoras do CDC (art. 7º), normas auto-regulamentares que isentem o banco de dados, ou sua mantenedora, de responsabilidade civil, penal e administrativa. Tais cláusulas convencionais servem, tão só, para orientar eventual ação de regresso. Daí que sem valor legal dispositivos do tipo:

A exatidão dos dados é de inteira responsabilidade da instituição financeira remetente, cabendo-lhe também a iniciativa de comandar as exclusões dos registros das operações quitadas ou que, por qualquer motivo, seus titulares não devam figurar na Base de Dados de Pendências Bancárias.⁵⁰¹

No mesmo sentido, a Associação Comercial de São Paulo dispõe que “a empresa usuária assume, perante o SCPC e terceiros, a responsabilidade total pelos registros de débitos em atraso, demais ocorrências e seus imediatos cancelamentos”.⁵⁰²

Em síntese, a responsabilidade civil por desvio nos arquivos de consumo é solidária, liberado o consumidor para escolher entre propor a ação somente contra o arquivista ou o fornecedor original, ou, ainda, contra os dois conjuntamente, na forma do art. 7º, parágrafo único, do CDC. Claro, os co-responsáveis, “num segundo momento, poderão, em ação regressiva, discutir entre si sobre quem deverá, ao final, arcar com o valor pago a título de indenização”,⁵⁰³ nos exatos termos do art. 283 do Código Civil de 2002.

Assim, certo é que jamais a responsabilidade civil por impropriedades do registro pode ser única e exclusivamente do associado

⁵⁰¹ Art. 6.4, Manual CONVEM - REFEM.

⁵⁰² Art. 10, Regimento Interno do SCPC - Serviço Central de Proteção ao Crédito.

⁵⁰³ Leonardo Roscoe Bessa, *op. cit.*, p. 200.

ou cliente do arquivo de consumo. A solidariedade, aqui é legal e de ordem pública, pintando de indelegabilidade, na ótica do consumidor, as obrigações estatuídas pelo CDC.

Logo, os arquivos de consumo são sempre parte passiva legítima em ação proposta pelo consumidor, não podendo ser alegada a ilegitimidade *ad causam*, na forma do art. 267, IV e VI, do CPC, pouco importando, na apuração da sua responsabilidade perante o consumidor, tenha o registro indevido sido feito ou as informações incorretas ou omissivas sido apresentadas ou assentadas pelo próprio cliente ou associado do banco de dados. A legitimidade passiva do arquivista não decorre de atos físicos de registro das informações por ele praticados, mas da sua operação e fornecimento a quem as solicita.

Discutível, inclusive, a legalidade da opção técnica que alguns bancos de dados concedem a seus associados de livremente incluírem nomes de consumidores nos seus arquivos que, em seguida, são distribuídos por milhares de vezes, em todo o País.

Não é segredo que, recentemente, visando a cortar despesas, alguns bancos de dados (SPCs, por exemplo) vêm permitindo aos seus usuários amplo poder de interferência no próprio armazenamento das informações arquivadas. Hoje, com o simples acionar de uma tecla, um associado do SPC pode “negativar” qualquer consumidor. As conseqüências que desse comportamento de alto risco advêm, com o qual os consumidores não contribuem, nem dele tiram qualquer benefício, devem ser arcadas, integral e solidariamente, pelos próprios arquivos de consumo e seus clientes, beneficiários diretos do sistema.

Até com maior razão, nessas hipóteses de acesso facilitado, posto que visível a inadequação do procedimento, não é permitido ao arquivo de consumo fugir à solidariedade. Ora, é ele que adquire, monta e administra seus sistemas de computação, monopolizando o controle,

permitindo ou negando o acesso. Estamos aí diante de liberalidades que não só não favorecem o consumidor (ao contrário, fragilizam ainda mais suas garantias constitucionais), como são carregadas por motivos estritamente operacionais e financeiros, não interferindo com o sistema de solidariedade do CDC. Mesmo que fosse um simples intermediário semipassivo (e, por vezes, o é), ainda assim o arquivo de consumo é responsabilizado, pois foi exatamente nessa sua condição de depositário de gigantesca quantidade de informações que o legislador identificou riscos e a necessidade de controle.

A relação entre banco de dados e consumidor não é de cunho contratual, mas legal. Não nasce de contrato (até porque inexistente), mas de imposição do legislador. Os deveres que circundam e governam essa atividade têm todos essa origem. Aliás, exatamente por serem de ordem pública,⁵⁰⁴ abominam derrogação ou mitigação contratual, nem mesmo por cláusula expressa entre o consumidor e o SPC, ou entre este e o seu associado ou cliente.

Não se deve confundir a relação de consumo-base (entre o consumidor e seu fornecedor imediato), esta sim freqüentemente de natureza contratual, e aquela outra que é conectada aos assentos que apóiam o crédito. O regramento do art. 43 não trata daquela - cuidada, por exemplo, nos arts. 12, 14, 18 e 51 -, mas dessa última.

Os bancos de dados, assim o quer a lei, são os responsáveis últimos pelas informações que abrigam e mantêm, tanto quando se encarregam de coletá-las, como quando as recebem de terceiros, seus associados (fornecedores) ou não (Banco Central, por exemplo).

Há precedentes judiciais reconhecendo a solidariedade entre arquivo de consumo e fornecedor original:

⁵⁰⁴ Dispõe o CDC que suas normas são “de ordem pública e interesse social” (art. 1º).

Nesse rumo, verifica-se que o banco-réu e o co-réu SERASA, o primeiro por motivar a indevida restrição ao nome de cada um dos apelantes e o segundo ao consignar essa informação restritiva deles em seu cadastro, cancelando-a posteriormente ao ingresso desta lide, somente em função de determinação judicial oriunda de outro processo, devem, por isso, suportar solidariamente a indenização que ora é estabelecida.⁵⁰⁵

Acrescente-se que responde também o terceiro - outrem que não o fornecedor original - quando encaminha informação depreciativa, julgada imperfeita ou espúria, ao arquivo de consumo.

Cabe alertar que a ação não pode ser proposta diretamente contra o arquivo de consumo, quando este não tem personalidade jurídica própria, sendo apenas um serviço prestado por outro organismo, este, sim, pessoa jurídica. É o que ocorre, normalmente, com os SPCs. Nessa linha, o Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito estabelece que “os serviços de proteção ao crédito *não terão personalidade jurídica própria*, devendo ser departamentos vinculados às *Associações Comerciais* mantenedoras, filiadas às suas respectivas Federações Estaduais”.⁵⁰⁶

[14.2] COMPORTAMENTOS INFRATIVOS - Que tipos de comportamentos infrativos determinam o dever de reparar?

Inicialmente, os comportamentos *ativos*, como o próprio ato de negativar o consumidor, quando não deveria. Mas também os comportamentos passivos, caracterizados por omissão em dar cumprimento a um dever de agir. Assim, dentre outros, a omissão de informar o consumidor, no prazo legal, sobre a abertura do registro ou dar baixa neste, vencido o prazo prescricional; também a omissão de retificar

⁵⁰⁵ 1º TAC_SP 5ª Câmara, Ação Cível nº 750.151-1, rel. juiz Cunha Garcia, j. 21.10.98, v.u.

⁵⁰⁶ Regulamento Nacional dos Serviços de Proteção ao Crédito, art. 3º, promulgado pela CACB - Confederação das Associações Comerciais do Brasil e atualizado até 6.12.96.

os dados constantes sobre o consumidor; de dar acesso ao consumidor, quando por ele solicitado.

Nota-se, portanto, que não é só o descumprimento dos deveres substantivos - a veracidade da informação, por exemplo - que enseja a obrigação de indenizar. A lesão do consumidor, em muitos casos, independe da inveracidade dos registros.⁵⁰⁷ Em outras palavras, o registro pode corresponder, letra por letra, aos fatos e à realidade, e, ainda assim, abrir-se ao consumidor negativamente a possibilidade de ser indenizado.

[14.3] DANOS INDENIZÁVEIS - Como sucede em outras áreas da atividade humana, os danos sofridos pelo consumidor por conta da operação dos arquivos de consumo são de dois tipos: patrimoniais e morais. Como regra, mas nem sempre, o ato que dispara a responsabilidade civil é a inscrição ou sua manutenção indevida, qualquer que seja o fundamento ou justificativa adotados.

Já notamos que a balda de devedor inconfiável corresponde à pena de morte do consumidor no mundo do crédito, o que quer dizer, no mercado de consumo, pois este está estruturado na massificação da produção e do comércio, viabilizada pelo *marketing* e pelo crédito.

[14.3.1] DANOS PATRIMONIAIS - Caracterizam os danos patrimoniais pelo fato de a vítima ver diminuído seu patrimônio, inclusive pela perda de uma vantagem que o crédito lhe propiciaria (um negócio de momento; a aquisição de um produto ou serviço em liquidação, ou, ainda, de um imóvel em condições privilegiadas, por exemplo), negócio que acaba por ser frustrado pela informação incorreta ou desatualizada do arquivo de consumo. Normalmente, o valor do dano é aquele da vantagem perdida ou inviabilizada.

⁵⁰⁷ Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 169.

O dano patrimonial, no caso de negativação irregular, inclui não só as perdas e danos diretamente relacionados com o abalo de crédito, mas também as despesas feitas pelo consumidor, no afã de limpar seu nome, como atrás referido.

[14.3.2] DANOS MORAIS - A indenizibilidade do dano moral vem prevista expressamente no CDC, que assegura ao consumidor, como direito básico, “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos”.⁵⁰⁸ No caso dos arquivos de consumo, sua gênese encontra-se nos dissabores sofridos pelo negativado.

Como bem leciona o min. Ruy Rosado de Aguiar, ao decidir caso concreto,

o indevido protesto, a inscrição irregular em banco de dados sobre devedores relapsos, a ilegítima divulgação de fatos desabonatórios etc. são situações que ofendem o sentimento das pessoas e, por isso, são consideradas causas eficientes de danos não patrimoniais.⁵⁰⁹

Há uma *presunção relativa* de que a negativação indevida implica dano moral para o consumidor ofendido. Mais ainda quando fatos concretos de constrangimento têm lugar, como a denegação de crédito no instante da compra e venda. Desnecessário seja a recusa presenciada por múltiplas pessoas, bastando a simples rejeição, que normalmente é constatada por pelo menos um empregado do fornecedor e pelos registros do sistema.

A imagem do cidadão, mais ainda numa Constituição que tanto a valoriza, é até mais central à sua existência do que a de uma empresa. Lembra Araken de Assis, com sua habitual propriedade, que

⁵⁰⁸ CDC, art. 6º, inc. VII, grifo nosso.

⁵⁰⁹ STJ, 4ª T, RE nº 51.158-5-ES, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.3.95, v.u.

não parece haver a menor dúvida de que, comparativamente aos interesses patrimoniais, os direitos inerentes à personalidade se ostentam axiologicamente mais relevantes. Merecem proteção mais acurada. É mais importante indenizar a lesão à honra, à fama, à imagem, à privacidade do que uma bicicleta e um automóvel.⁵¹⁰

Como é próprio do dano moral, o valor da indenização há de ser substancial, pois do contrário não cumpre seu papel preventivo de dissuadir o infrator a praticar condutas futuras similares. A exemplaridade norteia o regramento do dano moral, com mais razão em situações onde o violador é poderoso e a vítima é considerada parte vulnerável,⁵¹¹ bem como quando as condutas infrativas são reiteradas, afetando a um só tempo milhares de consumidores, com somente uma centelha desses buscando remédio judicial. Recomenda-se que a indenização, respeitado o princípio da razoabilidade, não seja calculada em valor inferior ao total do débito, indevida ou inadequadamente noticiado.

Os danos morais levam em conta o caráter repetitivo da prática, bem como a persistência em recusar atendimento aos reclamos legítimos do consumidor, conotação essa que, de novo lembramos, é própria ao seu caráter punitivo, já que sua finalidade não é exclusivamente ressarcitória. O magistrado, “em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos. E a severidade despontará na necessidade de desestimular a reiteração do ilícito”.⁵¹²

[14.4] REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA INSCRIÇÃO, MANUTENÇÃO E COMUNICAÇÃO INDEVIDAS DO REGISTRO -

⁵¹⁰ TJRS, 5ª T., Ap. Cív. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., BAASP 2044/481.

⁵¹¹ É princípio da Política Nacional de Relações de Consumo o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (art. 4º, inc. I).

⁵¹² TJRS, 5ª T., Ap. Cív. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., BAASP 2044/481.

A não ser quando excluído expressamente,⁵¹³ o regime de responsabilização civil do violador das normas de proteção do consumidor independe da prova de culpa. Enfatize-se: não se trata de inversão do ônus da prova do elemento subjetivo, mas de total e irrestrito afastamento da discussão, a qualquer título, do *animus* do agente.

Sérgio Cavalieri Filho, resumindo o pensamento da moderna doutrina nacional, assevera que

a responsabilidade estabelecida no CDC é objetiva, fundada no risco do empreendimento, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.⁵¹⁴

Não havendo, nesse domínio, ressalva do legislador, os arquivos de consumo respondem, por conseguinte, de maneira solidária (com o fornecedor original) e *objetiva* pelos danos causados ao consumidor, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Descabida, assim, qualquer altercação sobre a natureza do elemento subjetivo, pois o dever de reparar dele independe. O *animus* do agente - e assim mesmo em conjunção com outros indicadores, como sua situação econômica—é relevante, quiçá, na quantificação do dano moral, cuja razoabilidade, para mais ou para menos, pode depender desse fator. Como bem indica Antônio Carlos Efig, o sistema da responsabilidade civil objetiva rege a indenização de eventuais danos sofridos pelo consumidor negativado. Comprovados o dano e o liame causal, “está o arquivista (bem como o alimentador!) obrigado à reparação independentemente da existência de culpa de sua parte”.⁵¹⁵

⁵¹³ “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de *culpa*” (art. 14, § 4º, grifo nosso), dispositivo aplicável aos acidentes de consumo, isto é, aos riscos que afetam a saúde e segurança dos consumidores.

⁵¹⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 28.

⁵¹⁵ Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 209.

Em síntese, ter o infrator agido de boa ou má-fé, com dolo ou culpa, em nada afeta a equação de sua responsabilidade civil (fórmula diversa, no terreno da tipicidade penal).

[14.5] ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO - No terreno dos arquivos de consumo, as regras de ônus da prova interessam, em especial, a três questões: a) prova do débito original; b) prova do dano; c) prova do nexo causal.

Com a atenção voltada para a Constituição, é de rigor ressaltar que, no sistema jurídico brasileiro, vigora *presunção de honestidade*,⁵¹⁶ extensão privatística da presunção de inocência, cujo domínio central pertence ao Direito Público.

Antes de tudo, cabe ao banco de dados (e ao alimentador) provar o débito original que deu origem ao registro. Aqui, não se trata propriamente de inversão do ônus de prova, mas de, na fonte, imputá-la a quem pertence, consoante as normas processuais e os padrões de justiça social.

Em relação às perdas e danos, configurado o dano moral puro, como é curial nos arquivos de consumo, despicienda sua prova.⁵¹⁷ Já o dano patrimonial requer prova da vítima. Entretanto, pode o juiz, com fulcro no art. 6º, inc. VIII, do CDC,⁵¹⁸ inverter o ônus da prova, tanto do nexo causal, quanto do próprio dano, porquanto, diante da força

⁵¹⁶ Reconhecendo, de modo expresso, a presunção de honestidade, no âmbito dos arquivos de consumo, cf. Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 257.

⁵¹⁷ TJRS, 5ª T., Ap. Cív. nº 597.118.926-Lajeado-RS, rel. des. Araken de Assis, j. 7.8.97, v.u., *BAASP* 2044/481.

⁵¹⁸ Preceitua o CDC que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, inc. VIII).



organizada dos arquivos de consumo, “o consumidor apresenta-se particularmente vulnerável”.⁵¹⁹

Uma vez tenha o consumidor comprovado a inscrição do seu nome e a irregularidade desse ato, constituído está, *in re ipsa*, o dano moral. Nada mais há que acrescentar: “Provado o fato da indevida inscrição, resulta daí, inevitavelmente, o dano moral.”⁵²⁰

Diversamente sucede com o dano patrimonial, pois esse, por não ser consequência automática da inscrição indevida e agregar-se de forma reflexa ou episódica ao dano moral, carece de prova pelo consumidor. Segundo a melhor jurisprudência, “decorrente do abalo do crédito, a existência do dano material deve ser certa (por exemplo, perda de oportunidade para realizar algum negócio, negativa de financiamento etc.)”.⁵²¹ Contudo, com o intuito de facilitar a defesa dos interesses deste sujeito vulnerável (um dos seus direitos básicos), o juiz pode - e, muitos dirão, deve - inverter o ônus da prova do dano patrimonial, quando verificadas quaisquer das duas hipóteses do art. 6º, inc. VIII (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência).

Principalmente no que tange ao nexo de causalidade, sendo complexa, tanto mais para um consumidor leigo, a operação dos arquivos de consumo, em particular dos bancos de dados, a inversão do ônus da prova comumente é a única solução capaz de reequilibrar a relação de poder e tecnologia que separa o pretenso devedor e o arquivista. Com muito maior justificativa quanto a detalhes e aspectos operativos a que só os bancos de dados têm acesso ou conhecimento. A regra do art. 6º, inc. VIII, por conseguinte, deve ser usada com generosidade pelo magistrado, pois é exatamente para situações como essas que foi moldada: de um

⁵¹⁹ James Marins, art. cit., p. 107.

⁵²⁰ No sentido de que o “o dano decorre *in re ipsa*”, cf. STJ, 4ª T., RE nº 51.158-5-ES, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.3.95, v.u.

⁵²¹ STJ, 4ª T., RE nº 51.158-5-ES, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.3.95, v.u.

lado, um fornecedor habitual, bem organizado, com excepcional suporte técnico-humano e responsabilidades rígidas; de outro, um profano, sem conhecimento especializado, verdadeiro *hipossuficiente técnico*⁵²² (quando não social, também) e que, amiúde, só em último caso, busca a tutela jurisdicional.

No caso de perda de negócio, compete ao banco de dados provar sua inocorrência, pois dispõe (ou deveria dispor) dos registros das operações feitas (ou negadas). Frequentemente, o consumidor, no instante da denegação, nada recebe que possa usar para, de forma documental, comprovar sua alegação. Exigir que o consumidor apresentasse documentos que só o réu, por força de sua organização e modo de funcionamento, está habilitado a fornecer é impor àquela prova diabólica.

Essa é a diretriz do Superior Tribunal de Justiça:

O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se desfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular.⁵²³ Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento. Recurso conhecido e provido em parte.⁵²⁴

[15] SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - A administração publica pode - e deve - punir as práticas abusivas. Conseqüentemente, qualquer violação dos direitos estampados no art. 43 sujeita seus infratores às sanções administrativas previstas no art. 56.

São particularmente úteis no controle dos arquivos de consumo a multa, a suspensão do fornecimento do serviço (prestação de

⁵²² Antônio Carlos Efig, *op. cit.*, p. 233.

⁵²³ STJ – 4ª T. - REsp 773.871/RS - rel. min. Cesar Asfor Rocha - j. 17.11.2005.

⁵²⁴ STJ 4ª T., RE nº 51.158-5-ES, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.3.95, v.u.

informações), a suspensão temporária de atividade e a cassação de licença do estabelecimento ou da atividade.

O Decreto nº 2.181/97 traz tipos administrativos que cuidam especificamente dos arquivos de consumo. Embora a revisão final do decreto tenha ficado a meu encargo, por solicitação do então ministro da Justiça, Nelson de Azevedo Jobim, esta parte do texto foi mantida como originalmente proposta pela assessoria técnica do DPDC e da SDE.

São consideradas práticas infrativas, punidas com multa ou, dependendo de sua gravidade, com quaisquer das outras sanções previstas no art. 18 do decreto:⁵²⁵

a) “impedir ou dificultar o acesso gratuito do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas, registros de dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as respectivas fontes”;⁵²⁶

b) “elaborar cadastros de consumo com dados irreais ou imprecisos”;⁵²⁷

c) “manter cadastros e dados de consumidores com informações negativas, divergentes da proteção legal”;⁵²⁸

d) “deixar de comunicar, por escrito, ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele”;⁵²⁹

e) “deixar de corrigir, imediata e gratuitamente, a inexatidão de dados e cadastros, quando solicitado pelo consumidor”;⁵³⁰

⁵²⁵ Art. 22, parágrafo único.

⁵²⁶ Art. 13, inc. X.

⁵²⁷ Art. 13, inc. XI.

⁵²⁸ Art. 13, inc. XII.

⁵²⁹ Art. 13, inc. XIII.



f) “deixar de comunicar ao consumidor, no prazo de cinco dias úteis, as correções cadastrais por ele solicitadas”.⁵³¹

[16] SANÇÕES PENAIS - O descumprimento dos deveres inerentes à operação dos arquivos de consumo, além de implicações de natureza civil e administrativa, também abre a possibilidade de repressão penal. Com isso, fica clara a importância que o legislador conferiu à matéria.

Dois dos direitos básicos do consumidor nessa área receberam proteção penal: o direito de acesso e o direito de retificação imediata.

Quanto àquele, estabelece o art. 72: “Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastro, banco de dados, fichas ou registros: Pena - Detenção de seis meses a um ano ou multa.” Atenção para a linguagem do dispositivo. Pune-se não só o impedimento do acesso como também o mero embaraço. É o caso do arquivista que desrespeita os direitos do consumidor quanto à linguagem do arquivo (especialmente os direitos à informação objetiva, clara e de fácil compreensão).

A retificação imediata, se não cumprida, também configura crime: “Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.”

Cabe ainda lembrar o tipo do art. 71 que, embora tratando especificamente das cobranças de dívidas, inclui no seu campo de aplicação irregularidades praticadas no exercício da atividade de bancos

⁵³⁰ Art. 13, inc. XIV.

⁵³¹ Art. 13, inc. XV.

de dados, nomeadamente quando são usados como forma repudiada de arrecadação contra o inadimplente, como tribunal de exceção.

Assim já decidiu, no plano cível, o STJ: “Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei nº 8.078, de 11.9.90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é ainda objeto de discussão em juízo.”⁵³²

[17] INSTRUMENTOS PROCESSUAIS - O consumidor negativado tem a seu dispor um leque de opções processuais de defesa, de caráter constitucional e ordinário.

[17.1] *HABEAS DATA* - Antes de ser consumidor, o indivíduo é, no oceano do ordenamento, um cidadão. As garantias da cidadania são genéricas, ou seja, valem para todos, enquanto os direitos do consumidor são específicos, isto é, só se manifestam quando há relação jurídica de consumo, configurando-se em simetria com esta.

O consumidor, para lograr os objetivos fixados pelo legislador do CDC, pode fazer uso do *habeas data*. Mas assim procederá se quiser, pois essa ação constitucional, apesar de integrar a esfera de suas opções processuais, não é a única, nem, conforme a situação fática, a melhor.

Nesse sentido, a aprovação, com vetos de fundo, da Lei nº 9.507/97, que regula “o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”, vem acrescentar uma nova vertente à proteção do consumidor, não como membro do mercado de consumo, mas no contexto de seu universo de cidadania.

Teleologicamente, a Lei nº 9.507/97 destina-se à tutela do cidadão contra os abusos de bancos de dados, particularmente aqueles de caráter estatal.

⁵³² STJ, RE nº 170281, SC, rel. min. Barros Monteiro, j. 24.6.98, v.u., DJU 21.9.98.

A linguagem que utiliza dá o tom de sua destinação, apontando na direção de que seu objetivo preponderante não é o regramento dos bancos de dados privados, menos ainda os de consumo.

É certo que, nos termos da lei, os cadastros de consumo são equiparados aos estatais, vindo legalmente caracterizados como de “caráter público” (art. 1º, parágrafo único). Mas se trata de equiparação, o que, sozinha, já demonstra que o regime da Lei nº 9.507/97 foi originariamente pensado para os arquivos em poder dos órgãos públicos, apesar de o instrumento, nos termos da Constituição, não se defrontar, em absoluto, com essa aplicabilidade limitada.

Claramente denotando a destinação primordial do remédio judicial, a lei fala em “órgão” (arts. 2º, *caput*, 4º, § 1º) e “coator” (arts. 9º, 11 e 14, *caput*), expressões essas em nenhum momento usadas pelo art. 43, do CDC.

Na Lei nº 9.507/97, o *habeas data* vem regrado com os olhos postos nos cadastros de segurança pública, nos arquivos de entidades educacionais e de saúde, nas listas negras de devedores do Poder Público, dentre outros.

Assim sendo, pode-se afirmar que a Lei nº 9.507/97 é geral em relação ao tratamento conferido pelo CDC aos arquivos de consumo, o qual, por cuidar de um fragmento apenas do largo campo da cidadania, lhe é especial. Os dois regimes jurídicos, portanto, convivem, cabendo ao consumidor optar ora pelo guarda-chuva da Lei nº 9.507/97, ora pelo abrigo do CDC, com esfera de aplicação mais restrita.

O consumidor (*rectius*, cidadão) seguirá o sistema e rito da Lei nº 9.507/97, quando resolver fazer uso do *habeas data* como instrumento processual de viabilização de seus direitos de:

- a) conhecimento de informações a seu respeito;
- b) retificação de dados; ou,
- c) anotação nos seus assentamentos de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro.

Assevera James Marins: no terreno dos arquivos de consumo, assiste ao consumidor o direito de

a) obter liminarmente, através de antecipação de tutela em *habeas data*, a imediata anotação contestativa ou explicativa (assentamento verdadeiro, porém justificável) com relação a dados constantes de cadastros de consumo (art. 43, § 3º do CDC, c/c arts. 7º, III, da LHD, 84, § 3º, do CDC e 273, do CPC); b) obter liminarmente, através de antecipação de tutela no bojo de ação de revisão de contrato financeiro em que comprova a inexistência de débito (através de perícia técnica juntada aos autos), a baixa imediata de restrições cadastrais (art. 43, § 3º, do CDC, c/c arts. 7º, II, segunda parte da LHD, 84, § 3º, do CDC e 273 do CPC).⁵³³

No que se refere às providências judiciais asseguradas, o consumidor, que não fizer uso do *habeas data*, preferindo outro instrumento processual implementador das normas materiais do CDC, não terá à sua disposição a possibilidade de “anotação” nos seus assentamentos de “contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.⁵³⁴ Isso porque tal remédio não é previsto no CDC. E não o é, notamos anteriormente, exatamente porque em relação aos bancos de dados de consumo seu efeito prático seria nenhum, conquanto o assentamento, mesmo que qualificado pela incerteza derivada de “contestação” ou “explicação”, bastaria para “negativar” o consumidor, pondo em risco, como se a providência mitigadora inexistisse, a viabilidade de seu crédito.

⁵³³ James Marins, art. cit., p. 105.

⁵³⁴ Lei nº 9.507/97, art. 7º, inc. III.

Não queiramos, aqui, comparar os bancos de dados de consumo com os assentamentos criminais que são, normalmente, apreciados por técnicos especializados (Ministério Público e juiz), situação bem diversa de uma informação com intuito comercial, manipulada por pessoas (= empregados) sem maiores qualificações e com poucos conhecimentos de Direito. Para estas, pouca diferença faz seja o débito objeto de discussão judicial ou não, apresente-se “contestado” ou não, venha “explicado” ou não. A ouvidos despreparados, tal anotação tem um efeito inversamente perverso, configurando-se até mais prejudicial à imagem do consumidor, com o significado para o leigo que o credor foi obrigado a levar seu reclamo à última instância, isto é, a buscar a via judicial para cobrar o débito não pago. E não nos esqueçamos de que, no setor de crédito ao consumidor, todos fiam-se cega e solenemente nesses arquivos de consumo.⁵³⁵ *Sua palavra é lei, mesmo que contra a lei.*

Conseqüentemente, havendo litígio judicial sobre o valor ou mesmo a existência do débito de consumo e não tendo o consumidor feito uso do *habeas data*, descabe ao juiz aplicar os remédios previstos na Lei nº 9.507/97 como, por exemplo, determinando a simples anotação do registro. As opções judiciais, nos termos do CDC, são somente duas: suspensão (total ou parcial, esta através de retificação) ou manutenção integral do registro. São esses os únicos provimentos possíveis previstos na legislação de fundo das relações de consumo.

Finalmente, é bom ressaltar que anotação não se confunde com retificação. Aquela é uma modesta ressalva, pressupondo a preservação integral do arquivo impugnado, apenas explicando-se *a latere* que há pendência judicial. Esta, diversamente, subtrai do arquivo a informação litigiosa, exatamente porque tem a característica de incerteza, o que viola o pressuposto substantivo de legitimidade do assento (inquestionamento do débito).

⁵³⁵ James Marins, art. cit., p. 106.

Situações várias apresentam-se

em que a mera anotação de tais explicações não é suficiente para prevenir danos ao consumidor, como nos casos em que o mesmo discute judicialmente (em ação de revisão contratual) débitos com instituições financeiras que considera indevidos, decorrentes, *v.g.*, de cláusulas financeiras nulas.⁵³⁶

A situação é assemelhada àquela que prevalecia nos SPCs, onde, por bom tempo, o consumidor “negativado” que adimplisse o débito tinha registrada a informação “reabilitado”.⁵³⁷ Logo se verificou que, para o grosso dos fornecedores, “reabilitado” não significava “confiável”, trazendo uma conotação negativa. Por isso mesmo, tais registros foram banidos.

[17.2] ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS CAUTELARES - O consumidor, consoante a jurisprudência dominante, pode fazer uso da antecipação de tutela, em ação revisional, com fulcro no art. 273 do CPC. Aqui, a antecipação pode ser apenas parcial, visando tão-só a cancelar o registro do nome do devedor.

Em outra via, abre-se para o negativado a possibilidade do emprego de medida cautelar incidente sobre ação principal. Assim, por exemplo, ao apreciar medida cautelar, já decidiu o STJ que: “Pendente ação consignatória, onde se discute a caracterização da inadimplência, não pode ser permitida a inscrição do nome da devedora e seus garantes nos serviços privados de proteção ao crédito.”⁵³⁸

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão [9] cadastros [1] atualizados [2] de reclamações [3] fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, [4]

⁵³⁶ James Marins, art. cit., p. 111.

⁵³⁷ Bertram Antônio Stürmer, art. cit., p. 15.

⁵³⁸ STJ, 4ª T., RE nº 172.854-SC, rel,min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 4.8.98, v.u., DJU 8.9.98.

devendo divulgá-los pública e anualmente. [5] A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. [6]

§ 1º É facultado o acesso as informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. [7]

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior [8][9] e as do parágrafo único do art. 22 deste Código. [10][11]

Art. 45. Vetado - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.

COMENTÁRIOS

[1] OS ARQUIVOS DE CONSUMO ESTATAIS - Os arquivos de consumo são de dois tipos: estatais ou privados.

A grande diferença entre um tipo de arquivo e o outro é o caráter das informações que mantêm. Enquanto o arquivo de consumo privado junta informações sobre consumidores, os estatais preservam aquelas que têm a ver com o comportamento dos fornecedores no mercado. Suas fontes de dados são exatamente opostas: os estatais os recebem dos consumidores insatisfeitos, e os privados, dos fornecedores igualmente descontentes.

Os arquivos de consumo estatais estão sob controle de órgãos do aparelho do Estado. Pouco importa não se dedique o órgão, total e exclusivamente, à defesa do consumidor. Desde que exerça parcela deste

múnus, tem de arquivar e divulgar as informações. Vale a pena citar alguns desses órgãos: o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, no Ministério da Justiça, o SIF, no Ministério da Agricultura, a Vigilância Sanitária, no Ministério da Saúde, a Receita Federal (particularmente em matéria de consórcios), o Banco Central (já que lhe cabe controlar as atividades bancárias), a SUSEP, os PROCONS (estaduais e municipais), os diversos Ministérios Públicos, as Delegacias de Polícia especializadas.

Os arquivos de consumo privados, ao revés, não se encontram instalados no “coração” do Estado. São encontráveis especialmente em empresas privadas, não se excluindo de seu conceito, porém, os arquivos de empresas públicas ou de economia mista, bem como das autarquias. É que aí o Estado age como verdadeiro empresário.

Tais cadastros públicos, lembra o sempre atento Eduardo Arruda Alvim, cumprem o relevante papel de “orientar o consumidor, dentro do mercado de consumo”.⁵³⁹ Por isso mesmo, estabelece o art. 57 do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, que regulamentou o CDC:

Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores constituem instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores, devendo os órgãos públicos competentes assegurar sua publicidade, confiabilidade e continuidade.

[2] A ATUALIZAÇÃO DOS ARQUIVOS ESTATAIS - Os arquivos estatais devem ser atualizados, ou seja, novos dados que cheguem ao órgão têm de ser neles incluídos: Tais modalidades de arquivos não se mostram como algo que, uma vez estabelecido, esgotadas estão as responsabilidades do órgão. Aliás, a grande valia do arquivo - tanto para os consumidores como para os próprios fornecedores - é a sua atualidade.

⁵³⁹ Eduardo Arruda Alvim *et al*, *op. cit.*, p. 231.

Qual a constância da atualização? O Código não o diz expressamente. Mas, pela via transversa, chega-se à conclusão de que os arquivos devem ser atualizados pelo menos uma vez ao ano, já que este é o prazo legal para a sua divulgação.

[3] SENTIDO DA EXPRESSÃO “RECLAMAÇÕES” - Note-se que o CDC não se refere, no *caput* do art. 44, a reclamações *de consumidores*.

Assim é porque o cadastro é de reclamações de consumo, em sentido *lato*, processadas pelo órgão de defesa do consumidor, seja por provocação de terceiros - consumidores individuais, associações, Ministério Público, Judiciário, órgãos públicos, concorrentes -, seja por iniciativa própria, isto é, *ex officio*.

Realmente, seria um despropósito que o CDC, inspirado que é pelo espírito preventivo e coletivo, instituísse um cadastro apenas de reclamações individuais de consumidores, quando é curial que as mais gravosas práticas no mercado de consumo nem sempre são detectadas pelos sujeitos tutelados, mas pelos órgãos públicos e associações que, por força da especialização, adquirem conhecimento aprofundado do funcionamento do mercado e de suas anomalias, velhas e novas.

[4] CONTEÚDO DOS ARQUIVOS ESTATAIS - Os arquivos devem, em primeiro lugar, conter informações. É o óbvio. Mas informações qualificadas pelo caráter teleológico da lei. Trata-se, evidentemente, de informações “contra fornecedores de produtos e serviços”. Não são dados “contra consumidores”.

Além disso, não é qualquer informação “contra fornecedores de produtos e serviços”. Exige-se a sua fundamentação, ou seja, algo que a suporte. Uma nota de compra, uma fotografia do produto, um recibo, uma declaração do fornecedor, um anúncio de jornal, tudo isso basta. O

que não se admite é a inclusão nos arquivos de mera *fofoca de consumo*, do tipo “ouvi dizer”, “falaram-me que”.

A reclamação fundamentada não é só aquela que tem um parecer final do órgão. “Fundamentada”, aqui, qualifica a reclamação que traz *fumus boni iuris*. É a que não é claramente descabida.

Segundo o decreto do CDC, reclamação fundamentada é “a notícia de lesão ou ameaça a direito de consumidor analisada por órgão público de defesa do consumidor, a requerimento ou de ofício, considerada procedente, por decisão definitiva”.⁵⁴⁰

A definitividade referida no decreto refere-se à própria decisão de procedência da reclamação, para fins do cadastro do art. 44 do CDC, e não à eventual imposição de sanção administrativa. É possível, assim, que uma sanção de multa, por exemplo, seja reformada em sede recursal, por vício formal, sem que com isso se impeça, necessariamente, a inclusão do nome do fornecedor no cadastro. Vale dizer: procedência da reclamação, sim, o que não quer dizer, sempre, do exercício do poder sancionatório do Estado.

Em conclusão, o cadastro é de *reclamações* fundamentadas, e não de fornecedores punidos pelos órgãos públicos.

Em um ponto o decreto foi infeliz, afastando-se da letra do CDC. Ao dizer que “reclamação fundamentada” é aquela “considerada *procedente*”,⁵⁴¹ a regulamentação avançou o sinal vermelho da legalidade. Tal limitação não consta do corpo ou do espírito do CDC e, levada às últimas consequências, esvazia de sentido prático e utilidade os cadastros de reclamações.

⁵⁴⁰ Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, art. 58, inc. II.

⁵⁴¹ Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, art. 58, inc. II.

[5] O DEVER DE DIVULGAÇÃO DAS INFORMAÇÕES - As informações são arquivadas para cumprimento de um fim muito específico: auxiliar as decisões dos consumidores, no mercado de consumo. Por isso mesmo, precisam ser divulgadas. O CDC, adverte Eduardo Arruda Alvim, exigiu uma “posição ativa” dos órgãos públicos, no tocante à divulgação dos dados constantes de seus registros de reclamações. Não basta apenas organizar os dados e colocá-los à disposição dos consumidores, mesmo porque a grande maioria deles “desconhecerá a existência de tais cadastros. Daí a exigência da lei de *divulgação pública*”.⁵⁴²

A divulgação pode ser feita de diversas formas. A maneira mais comum é através de *press releases* e de coletivas na imprensa. Tem apelo jornalístico algo como a “lista das 10 mais” (às avessas, é claro!). Mas difusão não é a simples fixação da lista, na forma dos editais judiciais, em mural do órgão. Não se trata aqui de dar conhecimento ficto ao consumidor, como mera formalidade. Busca-se, muito ao contrário, fazer chegar até ele a informação que lhe vai ser útil no futuro. Daí que o mínimo que se exige do órgão é a divulgação da lista no órgão oficial, noticiando-se o fato na grande imprensa e em *site* do órgão.

[6] OS REQUISITOS DA DIVULGAÇÃO - A divulgação não é feita ao momento e ao modo desejados pelo administrador. A lei lhe impõe um traçado.

Primeiramente, tem ela uma certa periodicidade, de no mínimo um ano. Pode, conforme as condições do órgão, ser feita semestralmente ou até mensalmente. O que não se faculta é que venha a ser cumprida em períodos superiores a um ano.

⁵⁴² Eduardo Arruda Alvim *et al*, *op. cit.*, p. 232 (grifo no original).

Ademais, a divulgação é *pública*. Conforme já aventamos, não é suficiente deixar à disposição dos consumidores a lista, por mais completa que seja. Impõe-se a notícia pública, isto é, aquela que tem o condão de atingir os consumidores pulverizados no mercado de consumo.

O conteúdo da divulgação também sofre regramento, sempre mínimo. Não é de mister reflita ela o conteúdo integral do arquivo. Bastam-lhe os dados mais relevantes que permitam ao consumidor avaliar, adequadamente, o comportamento daquela empresa (e de seus produtos e serviços) no mercado. A difusão inclui, assim, os elementos mais importantes do arquivo: nome, endereço e ramo de atividade do fornecedor, número de reclamações, valor global das reclamações somadas (com base no preço do bem) etc.

Uma informação, necessariamente, deve constar da divulgação. É o desfecho final da reclamação do consumidor, ou seja, se foi ela atendida ou não pelo fornecedor. Na medida em que o Código exige a presença de tal elemento (art. 44, *in fine*), nenhuma divulgação pública é possível - o arquivo sim - sem que o fornecedor tenha tido sua chance de se manifestar.

Outros dados que permitam melhor esclarecer o comportamento da empresa no mercado - embora não exigidos pelo Código - podem constar da revelação pública. Isso desde que cumpridos dois requisitos: tenham objetividade e não paire sobre sua veracidade dúvida ou contestação.

[7] O DIREITO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES - A divulgação, como já dito, limita-se a estampar alguns dados básicos sobre a conduta do fornecedor. Abre-se, então, a possibilidade de consulta à totalidade das informações arquivadas.

O acesso, todavia, não é automático. O Código fala em “interessado”. Todo consumidor é, em tese, interessado. Nem sempre é o caso do fornecedor. Deve ele demonstrar que tem interesse legítimo na consulta. Inadmissível, *v.g.*, o acesso que visa a colher informações para fins de concorrência desleal.

[8] A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DOS ARQUIVOS DE CONSUMO PRIVADOS - Aplicam-se aos arquivos de consumo estatais, subsidiariamente, as regras mais minuciosas referentes aos seus similares privados.

Assim, por exemplo, tem o fornecedor o direito à retificação de dado incorreto. No mesmo sentido, entendemos que os cadastros não podem conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. Afinal, assim como o consumidor, a empresa pode alterar o seu comportamento e não é justo que sua imagem permaneça maculada para sempre. Por outro lado, em proveito do fornecedor, mas também do consumidor, os arquivos devem ser redigidos com linguagem objetiva, clara, verdadeira e de fácil compreensão. Finalmente, a inclusão do fornecedor no cadastro pressupõe que seja ele disto informado.

[9] PRAZO MÁXIMO - Dispõe o decreto federal, por analogia com o art. 43, § 1º, do CDC, que as informações do cadastro de fornecedores não poderão ser mantidas por “período superior a cinco anos, contado da data da intimação da decisão definitiva”.⁵⁴³

[10] O CUMPRIMENTO FORÇADO DAS OBRIGAÇÕES DE ARQUIVAR E DIVULGAR - Sempre que o órgão não arquivar as reclamações dos consumidores, não atualizar as informações constantes do arquivo, não fizer sua divulgação anual ou fizer de maneira inadequada, pode o consumidor, judicialmente, obrigá-lo a tal.

⁵⁴³ Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, art. 59, § 3º.

Aplica-se, aqui, *in totum*, o art. 22, parágrafo único: “Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

Vislumbra-se, nesse ponto, que os danos sofridos pelo fornecedor em decorrência do arquivo e da divulgação de dados negativos sobre ele são reparáveis, desde que o órgão tenha descumprido seus deveres legais.

Todavia, cumpre salientar que sempre que o órgão se limitar a divulgar - dados objetivos – já que o Código não lhe exige qualquer apreciação subjetiva aprofundada - não há a obrigação de reparar. Assim, quando a difusão apenas cita o número de reclamações e seu desfecho, nada há a indenizar. O órgão, em verdade, está simplesmente cumprindo um dever que lhe é imposto por força de lei.

[11] USO EM PUBLICIDADE COMPARATIVA - Os dados constantes dos cadastros públicos de fornecedores (por exemplo, o número de reclamações contra o concorrente) podem ser utilizados em publicidade comparativa.⁵⁴⁴

Realmente, sendo um dos objetivos da publicidade comparativa informar o consumidor, tanto melhor se ela puder utilizar dados públicos, coletados pelos órgãos de defesa do consumidor, que gozam de presunção de veracidade.

⁵⁴⁴ Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, art. 60, *in fine*.